

廳 例 の 研 究

A STUDY ON “CHO-REI,” THE LAW
ENACTED BY THE “KEBIISHI”

大 學 院 學 生

小 川 清 太 郎

S. OGAWA

Graduate Student

1937

目 次

	頁
序 言	1
凡 例	3
第一章 廳例の概念	5
第一 總 說	5
(Ⅰ) 廳例の意義——(Ⅱ) 廳例の淵源——(Ⅲ) 廳例の發生——(Ⅳ) 廳例の 效力——(Ⅴ) 廳例の主義及び目的——(Ⅵ) 廳例の影響	
第二 廳例の特色(廳例と律令との關係)	15
(Ⅰ) 特色の一——(Ⅱ) 特色の二——(Ⅲ) 特色の三——(Ⅳ) 特色の由來・ 其の一——(Ⅴ) 特色の由來・其の二	
第三 廳例の改廢	26
(Ⅰ) 外部權勢による強制的改廢——(Ⅱ) 檢非違使廳の自發的改廢	
第四 廳例と格との關係	27
(Ⅰ) 格違反の廳例——(Ⅱ) 格無視の廳例——(Ⅲ) 廳例の格化	
第五 廳例と檢非違使式との關係	32
(Ⅰ) 檢非違使式の意義——(Ⅱ) 檢非違使式の一——(Ⅲ) 檢非違使式の二 (廳例の式化)	
第六 檢非違使式逸文收錄	36
第二章 廳例の檢察制度	38
第一 糾彈制度	38
(Ⅰ) 彈正臺の糾彈權——(Ⅱ) 檢非違使の糾彈權	
第二 司法警察制度	41

- (Ⅰ)衛門府の司法警察權——(Ⅱ)檢非違使の司法警察權——(Ⅲ)檢非違使の糾彈權及び司法警察權の併有——(Ⅳ)檢非違使の檢察權行使區域——(Ⅴ)檢非違使の犯人捜査及び逮捕の方法

第三 廳例の檢察制度の特色……………49

- (Ⅰ)告言三審制度及び誣告反坐法の不適用——(Ⅱ)犯人移送規定の不適用

第三章 廳例の裁判制度……………58

第一 總 說……………58

- (Ⅰ)律令法の裁判所と其の審級——(Ⅱ)檢非違使廳の裁判審級上の地位——(Ⅲ)檢非違使廳と刑部省との地位の比較——(Ⅳ)廳例の裁判所構成

第二 檢非違使廳の管轄……………64

- (Ⅰ)事物管轄——(Ⅱ)土地管轄

第三 廳例の刑罰……………68

- (Ⅰ)盜犯に對する刑罰——(Ⅱ)私鑄錢犯に對する刑罰——(Ⅲ)一般犯罪に對する刑罰

第四 着 鈇 勘 文……………80

- (Ⅰ)意義——(Ⅱ)形式——(Ⅲ)實例の一——(Ⅳ)實例の二——(Ⅴ)實例と註釋

第五 役 畢 勘 文……………109

- (Ⅰ)意義——(Ⅱ)形式——(Ⅲ)實例——(Ⅳ)實例と註釋

第四章 廳例の行刑制度……………115

第一 總 說……………115

- (Ⅰ)律令法の行刑制度沿革——(Ⅱ)廳例の行刑制度概観

第二 著 欽 政	119
(Ⅰ)意義——(Ⅱ)式次第——(Ⅲ)目的	
第三 召 禁 制 度	123
(Ⅰ)獄舍拘禁——(Ⅱ)獄政所拘禁——(Ⅲ)便所拘禁——(Ⅳ)散禁——	
(Ⅴ)獄屋	
結 語	128
附 記	130

廳 例 の 研 究

小 川 清 太 郎

本稿は私が昨年六月末に脱稿した「檢非違使廳研究」の草稿の一部を、多少敷衍することによつて、之を別に「廳例の研究」と名付けたものである。元來が全體中の一部を別個に取扱つたものであるから、その論ずる所に前後の聯絡を缺き、唐突の感みの有らうことは、蓋し止むを得ざる所であるが、幸にして、大方の御寛恕を乞ふことを得ば、之に過ぎたる喜びはない。(12.1.12 記)

序 言

檢非違使廳の「廳例」研究の實益は、平安中期以後に於ける公家の司法制度を明かならしむる點に在る。蓋し平安中期まで全國的に適用せられたる律令の司法制度が、今日既に明確に把握せられてゐるにも拘らず、律令の司法制度の弛廢後に於て、之に代れる司法制度の一たる所謂「廳例」の司法制度なるものが、未だ明かにされてゐないからである。檢非違使廳そのものは平安初期に現れたる一の官司に過ぎないが、その檢非違使自身の手により慣行せられ來つた刑事司法に關する各種の臨時の處分が、後には廳例の司法制度を構成して、檢察、裁判、行刑の各方面に其の慣例が適用せられ、これが遂に律令の司法制度に代つて、公家の司法制度を代表するに至つた。従つて律令の司法制度弛廢後に於ける公家の司法制度を知る爲めには、先づ第一に檢非違使廳の廳例を研究せねばならないのである。然し廳例の司法制度をして、律令の司法制度の如く明確ならしむることは、今日に於

ては殆ど不可能であると云はざるを得ない。蓋し之に關する史料の夙に亡逸せるが故である。こゝに亡逸せる史料と云ふのは、直接、檢非違使廳に關係ある史料と推測さるゝものであり、本朝法家文書目錄、本朝書籍目錄、信西入道藏書目錄等によれば、大凡、次の如きものが擧げられてゐる。

左右檢非違使式	一卷	(本朝法家文書目錄、本朝書籍目錄)
檢非違使私記	五卷	(本朝書籍目錄)
廷尉式	一卷	(本朝書籍目錄)
檢非違使至要抄	四卷	(本朝書籍目錄)
類聚檢非違使官符宣旨	廿卷	(本朝書籍目錄、信西入道藏書目錄)
類聚檢非違使私記	三卷	(本朝書籍目錄)
檢非違使勘問式	(卷數不詳)	(信西入道藏書目錄)
新定檢非違使私記	一卷	(信西入道藏書目錄)

是等は凡て檢非違使廳の研究には不可缺の史料であるが、その一として今日に傳はるものゝ無いと云ふのが、法制史家の定説となつてゐる様である。尙、蛇足ではあるが、上記の諸史料の外に

檢 非 違 使 廳 日 記 十 一 卷

の存在せしことは、餘り知られて居らぬ様であるから、こゝに紹介して置きたい。檢非違使廳日記、十一卷は藤原越後守季綱の所撰であり、白河法皇が時の右大辨藤原宗忠をして、政事要略と共に堀河天皇の天覽に供せしめ給うたものなることが、藤原宗忠の日記なる中右記、康和四年九月十一日、同十四日の條々に見えてゐるから(史料通覽本、第二冊、二一二頁)、その實在せしことは信ずるに足るが、その現存せるや否やに至つては疑はしい。恐らく、他の諸書と同様に亡逸せるものと思はれる。

その他、檢非違使廳の關係史料としては、大夫尉義經長申記に「使廳行事目錄」の名が見え(經濟雜誌社版、群書類從、第五輯、一一五三頁)、政事要略に「使廳續類聚」の名が見えてゐるが(新訂増補國史大系本、五五

三頁)、是等も恐らくは、檢非違使廳研究の史料として擧ぐべきものであらうが、これ亦現存せるものとは思はれない。

以上の如くであるから、檢非違使廳の研究は、たとへ或る程度まで出來得たとしても、それは極めて概略に止まらざるを得ないことは、眞に止むを得ざる所である。この「廳例の研究」も亦然り。その史料は、之を多く類聚三代格、政事要略、西宮記、朝野群載、法曹至要抄等に求めたものではあるが、いづれも斷片的のものに過ぎず、従つて是等に基いて組立てられたる此の「廳例の研究」は、極めて空虚なる、粗雜なる出來上りであることを免れないであらうと思ふ。

凡 例

- 一 續日本後紀、文德實錄、三代實錄、本朝世紀、類聚國史、日本紀略、百鍊抄、古今著聞集、愚管抄、今昔物語集、政事要略及び類聚符宣抄は國史大系刊行會發行の新訂増補國史大系本によつて頁數を示した。
- 一 令義解、類聚三代格及び延喜式は、經濟雜誌社發行の國史大系本によつて頁數を示した。

-
- 一 律疏殘篇、律逸及び法曹至要抄は、日本古代法典本により、朝野群載及び西宮記は改定史籍集覽本によつて頁數を示した。
 - 一 群書類従は、經濟雜誌社發行の刊本により、續群書類従は、續群書類従完成會發行の刊本によつた。
 - 一 古文書中に見える異字は、印刷の都合上、大抵現代常用の文字に書き改めた。
 - 一 引用文が原本に於て、二頁に亙る時は、最初の頁數のみを示した。但し三頁以上に亙る時は、「——」を以て其の範圍を示した。
 - 一 引用文は成る可く必要の個所のみを示し、他は「前略」「中略」「下略」「云々」等の記號を附して省略した。
 - 一 引用文の句讀は、原則としては原本に従つたが、間々自意を以て之を改め、又は文意により之を補つた所もある。
 - 一 引用文の或る個處に就て、他書のもの異なる個處ある時は、便宜上、自意を以て適當と思惟する方を採つた。
 - 一 本稿の註は、註と云ふよりは寧ろ證と云ふ方が適當であるかも知れぬ。即ち本稿に謂ふ所の註は、大部分、本文の意味を註釋せるものではなくして、本文に述べたる事實を論證したり、本文に引用せる原文の出所を示したものである。
 - 一 同章中、數度同一註の引用ある場合にも、成る可く重複の煩を厭はず、その都度之を掲げることゝした。
 - 一 年代の次に括弧して記入せる數字は、西曆紀元の年數である。西洋法制史との比較對照に便ならしめたるに外ならない。

第一章 廳例の概念

第一 總 說

(I) 廳例の意義

檢非違使廳の廳例(一)は、之を「使廳の流例」(二)、或は「使廳の例」(三)等とも稱し、檢非違使が其の職權行使に當つて、宣旨や太政官符による正規の授權に基く職權行爲の外に、自ら臨時に獨斷的に行ひ來つた所の、主として刑事に關する臨時の司法處分が、檢非違使廳の慣例として、檢非違使及び一般庶民に對して拘束力を持つに至れる慣習法である。之を「使廳積習の例」(四)、「臨時に行ひ來れる例」(五)、「使廳の習」(六)等と云ふのは、全く此の意味に因るに外ならぬ。而して廳例は、主として犯罪の捜査、犯罪人の逮捕、糺彈、裁判、刑の宣告、宣告せられたる刑の執行等の刑事作用に關する慣例を其の内容とするが故に、廳例は檢非違使廳に於て適用せらるゝ刑事法(七)であると云ふことが出来る。

王朝時代に於ては、未だ司法と行政との觀念が分離せず、今日謂ふ所の司法は、凡て行政の一部として觀念せられてゐたのであるから、犯罪の捜査、犯罪人の逮捕より、裁判を経て刑の執行に至る迄の各種の刑事作用は、いづれも行政官司によつて分掌せられてゐた。即ち令の官制に於ては、司法警察は衛門府、刑事裁判は刑部省、刑罰執行は囚獄司、犯罪の摘發糺彈は彈正臺が夫れ夫れ管掌せるものと見て大差はない。然るに檢非違使廳は令の官制に定められざる、所謂令外官にして、而も其の管掌する所は、犯罪の捜査、犯罪者の逮捕、糺彈、裁判、刑の宣告、刑の執行等であり、令の官制に於て、各種の行政官司に分掌せられたる所を、一括して之を管掌した。のみならず、上記の令制官司の據る所は凡て成文法たる律令であつ

たが、檢非違使廳に於ては、その執行する所は、多くは慣習法たる廳例に據つて行はれたのである。

(II) 廳 例 の 淵 源

廳例の淵源とは、廳例の内容を構成すべき材料を云ふ。律令の刑事法、就中、刑法たる律の如きは、唐法の模倣繼受の色彩を多分に有し、且つ理論的に構成せられたる點に於て特色を有するに反し、廳例は京都を中心とする當時の我國の社會の實情、國民の實生活の狀況に即して發達せる、謂はゞ現實なる點に於て特色が見出される。従つて廳例の淵源をなすものは、檢非違使が職權行使に際して爲せる實際的な臨時の處分である。併し此の檢非違使の臨時の處分は、畢竟するに、それが律令法に規定なきか、又は其の處分を禁止せる場合に於て、その規定を設くること、又は其の處分を禁止せざることが、却て社會の實情に適應せるものとして爲せる處分であつたから、この意味に於ては、律令法も亦、廳例の遠き淵源であると云ふことが出来る。

次に檢非違使の職務上の權限が、最初から宣旨や太政官符により、正式に授權せられたるものなる時は云ふ迄もないが(八)、律令法に違反せるか、又は之に規定なき場合の檢非違使の獨斷の處分の慣例が、後に至つて宣旨や太政官符により、正式に法令として認めらるゝ場合には、この宣旨や太政官符も亦、廳例の淵源をなすものである。かゝる現象は、檢非違使の獨斷の處分の慣例が、格——格は律令が理想的永世法たるに對して、現實的臨時法たるの性質を有する——として適法化せらるゝ場合に於て、多く之を見る(九)。

廳例の淵源として最も著しいものは、即ち檢非違使廳長官たる別當の命令、即ち別當宣である。別當宣は之を廳宣とも云ひ、勅宣を以て准ぜられ、之に違反せる者は違勅罪を以て問はるゝ程に強大なる執行力を有したから(一〇)、廳例の淵源としての價值は重視すべきであつた。律令に規

定なくして、檢非違使廳に於て執行すべき主なる慣例は、凡て此の別當宣に基くものであつた（一一）。更に檢非違使廳と密接なる關係に在る彈正臺の職務上の慣例たる彈例も亦、廳例の淵源を爲した（一二）。

次に律の刑法の法源の一たる條理も亦、廳例の淵源をなすものであつた。即ち雜律に「凡ソ應サニ爲スヲ得ベカラズシテ而モ之ヲ爲ス」場合、即ち條理に背反せる行爲は之を處罰するの規定も亦（一三）、社會の實情に即して發達せる廳例の刑法の採用する所であつたことは疑ふべくもない。更に亦、當時の法律専門家たる明法博士の學說、その裁判官としての判例も亦、廳例の淵源をなした（一四）。

（III）廳例の發生

檢非違使は其の設置（一五）當初から特定の職務權限を規定せられてゐたものでなく、設置後に於て、隨時、必要に應じて、或は太政官符を以て、或は臨時の宣旨に依り、その職務權限を規定せられ來つたものであるが（一六）、この正式の授權の外に、檢非違使は檢非違使獨自の立場に於ても獨斷的な處分を行ひ、之を檢非違使廳の慣例として永く適用するに至つた。即ち檢非違使廳の廳例は、概して檢非違使の獨斷的な司法處分より成るものであるが、檢非違使が斯かる處分を採るに至つた理由は、要するに律令の刑法や刑事訴訟手續が餘りに詳細、煩瑣に過ぎ、體裁上或は理論的には頗る整然たるものではあつたが、その反面に於て、之を其の法文通りに逐一適用すると云ふことは容易ではなかつたばかりでなく（一七）、當時頻發せる市井の事件たる強盜、竊盜、殺人、傷害、鬪亂、博戲（賭博）に對して、之を律令の規定に従つて處分することが、事實は實行不可能であつたから（一八）、勢ひ簡潔にして實際的な處罰方法が必要となつたのである。檢非違使廳の管轄する事件の領域が、大部分、上記の諸事件であることは其の一證左に外ならない（一九）。

（IV）廳例の效力

廳例の效力、就中、廳例の刑法の效力は、之を土地、時及び人に就て考察することが出来る。

(I)土地に關する效力。廳例の刑法の土地に關する效力に就ては、平安中期以前に於て、檢非違使廳が刑部省と對立せる時代には、檢非違使廳の檢察及び裁判に關して土地管轄權の及ぶべき京都を中心とする山崎、與度、大井、大津等の管轄區域内にのみ其の施行效力を有したであらう(二〇)。京都に於ける檢非違使廳に對して、地方の諸國に於ても國衙に檢非違所が置かれ、之に屬する檢非違使は國郡檢非違使の名稱を有してゐたが、是等地方の檢非違所は必ずしも中央の檢非違使廳に對して上下の關係に立つものではなかつたから(二一)、檢非違使廳の廳例が直ちに諸國の檢非違所にも適用せられ、之を拘束せるものとは斷言出来ない。

平安中期以後、刑部省の實權が衰微して、檢非違使廳が裁判方面に於ては、京都に於ける最も實權を有する裁判所となるに及んでは、形式的には檢非違使廳の裁判に關する廳例は全國的に施行せらるべきものであつたが、莊園制度の確立は裁判に就ても領主の裁判權が實力を有し、中央權力の侵入を容易には許さなかつたから、廳例の刑法が果して全國的に施行せられたるか否かは明かでない(二二)。

(II)時に關する效力。廳例の刑法の時に關する效力に就ては、元來、廳例そのものが慣習法であるから、その發生及び消滅の時期を明確ならしむることは出来ない。例へば鎌倉幕府が天下の政權を掌握し、御成敗式目以下の政令、法令が公布されても、之によつて廳例の刑法の效力が多少薄弱となり、その施行地域が漸少しても、依然京都に於ける檢非違使廳は健在であり、従つて廳例の刑法も亦、公家の領域内に於ては施行せられたのであるから、公家政治から武家政治へと政權が推移しても、公家の司法官司とも云ふべき檢非違使廳の廢止せられざる限り(二三)、廳例の刑法の效力は消滅せざるものと解されよう。

尚、律令に於ては、獄令に「凡ソ罪ヲ犯シテ未ダ發レズ、及ビ已ニ發レテ未ダ斷決セザルニ、格ニテ改ムルニ逢ハバ、若シ格重ケレバ、犯ス時ニ依リテ聽セ。若シ格輕ケレバ、輕キ法ニ從ヒテ聽セヨ。」なる條文があり（二四）、犯罪の發生より判決の確定までの間に、律の刑法の特定條項が格の頒布により改正せられたる場合には、罪の輕き方に從つて處斷したのであるが（二五）、廳例の刑法は慣習法より成り、裁判そのものが職權主義的な糾問手續の下に、糾問的且つ武斷的に行はれたから、前記の獄令の如き條文の適用の必要はなかつた様である。

（III）人に關する效力。廳例の刑法の人に關する效力に就ては、廳例の刑法は僧尼を除く外、官吏、一般庶民に適用せられた。蓋し僧尼は僧尼令に基いて寺院の自治裁判權に服したからである。併し廳例の刑法と雖も律の刑法の如く、官吏の特殊地位を認めて、その刑も一般庶民と異なつてゐた（二六）。又僧尼と雖も律の刑法の徒刑に相當する罪を犯せる時は、一旦還俗せしめられて後に律の刑法により處罰せられたから（二七）、斯くの如き場合には廳例の刑法も亦僧尼に對して適用せられた。

（V）廳例の主義及び目的

廳例の刑法は先例なる慣習法より成立するを以て、之を慣習法主義或は不文法主義と云ふに反して、律の刑法は成文法主義なることに於て比較せられる。獄令の規定によれば、「凡ソ諸司事ヲ斷ゼムコト、悉ク律令ノ正文ニ依レ。」とあり（二八）、裁判は常に律令の正條に基いて爲さるべきを規定してゐる。之を一見すれば、恰も律の刑法は謂ふ所の罪刑法定主義を採用せるが如くであるが、併し律の刑法は、又條理に基いて裁判せらるゝことの可能なる規定をも設けてゐることに注意せねばならぬ。即ち雜律に「凡ソ應ニ爲スヲ得ベカラズシテ而モ之ヲ爲ス者ハ笞四十。事理重キ者ハ杖八十。」と規定されて居り（二九）、裁判官は律令に罰すべき正條なくとも、その所犯が條理上當然爲すことを得べからざるものなる時は、之に對して笞四十

より杖八十までの輕刑を科することを得た。従つて此の明文の存するに依り、律の刑法が必ずしも罪刑法定主義を採れるものとは斷言出來ない。唯、律の刑法は成法文主義の刑法なることを示すに過ぎざるものと解すべきである（三〇）。

之に反して、廳例の刑法は不文法主義の刑法である。偶々、廳例の刑法の特定條項が太政官符により、格として成文化せられたることがあつても（三一）、之を以て廳例の刑法が成文法主義を採れるものとは云ひ得ない。既に述べたるが如く、廳例そのものが律令に慊らずして、檢非違使廳に於て獨斷に發生し、發達し來れる慣習法であるから、之により成立する廳例の刑法が不文法主義を採れるは、蓋し當然である。

律の刑法は、犯人を懲戒して善に就かしめ、風俗の肅正をなすを目的とする教化主義を表徴するものであり、又社會を犯罪より防衛せんとすることを目的とする豫防主義を内容とするものであつた（三二）。之に反して、廳例の刑法は徹底的に威嚇主義であつた。蓋し廳例の刑罰が、主として當時最も犯罪數の多かつた強盜、竊盜、殺人、傷害、賭博、鬪亂等の敏速なる處罰を目的として生れたるものであり、事宜に適する實際的な刑罰を犯人に科せるが故である（三三）。續々と發生する犯罪を摘發して、その犯人を逐一懲戒説諭して善に就かしむるが如きことは、理論的形式的な律の刑法としては、儒教の影響を受けることの少なからざる結果として當然採るべき態度であつたであらうが、具體的に、實際的に作り上げられたる廳例の刑法としては殆ど無意義なることであつた。例へば、律令に於ては努めて適用を避け、不幸にして之を科するも其の最大限度を規定せる拷問の如きは（三四）、廳例の刑法に於ては盛に之を科することが行はれたのは（三五）、廳例の刑法が威嚇主義を採れる結果である。後述する如く、廳例の刑法が寛刑主義を採れることも、この威嚇主義の主張を取て妨ぐるものではない。蓋し廳例の刑法の寛刑主義は、實に檢非違使が其の昔、犯人に對して嚴罰

を以て臨める反動として、佛儒の罪業消滅の思想の影響を受けて採れるものに外ならず（三六）、檢非違使は設置の初めより寛刑主義を採れるものではなかつたからである。

（VI）廳例の影響

檢非違使廳の廳例が史上に見えたる最初は、平安初期に於ける嵯峨天皇の弘仁九年（818）のことであり、強盜及び竊盜に對する處罰規定を、その罪の輕重を論ぜず、悉く終身徒刑とするの慣例に於て之を見た（三七）。但し此の慣例は、強盜及び竊盜に關する律の刑法の處罰規定を改正せる弘仁九年の宣旨に徒役年限の指示なきに因るものであり、檢非違使の獨斷的な處罰慣例とは云ひ難いであらう。爾來、廳例は檢察、裁判、行刑の方面に於て著しい發達を見たが、就中、職原鈔に謂ふ所の「衛府の追捕、彈正の糾彈、刑部の判斷、京職の訴訟、併せて使廳に歸す」るに及び（三八）、令の官制に基き、各官司に分掌せられたる司法權が、擧げて檢非違使廳の管掌する所となるに至つては、こゝに律令の司法制度が崩壞して新たな廳例の司法制度が構成され、王朝時代の司法制度に一大變化を招來せしむるに至つた。殊に律の刑法の如く、唐法の模倣的色彩の濃厚なること令以上のものが、漸く國情に適應する我國固有の刑法化するに至つたのは、全く此の廳例の然らしむる所であつた。而して此の廳例は後述するが如く、その理論が簡潔で實際的であつたから、武斷的で直截簡明なる處分を尙ぶ鎌倉幕府の武家法にも其の精神が採り入れられ、例へば御成敗式目（貞永式目）第四條の規定の如く、犯人の一人が共犯者なることを自白せる場合でも、若し贓物なき時は其の罪を不問に附するの規定は（三九）、廳例に於て強盜犯人が人を殺傷するも、その罪は單に贓物の額に就てのみ論じ、餘罪は之を問はざるの慣例の流れを汲むものであつた（四〇）。

- 一 廳例なる語を最も多く見出すものは、法曹至要抄及び西宮記である。
- 二 （前略）若承伏雖有實。輕罪爲者散禁。可令候獄舍政所。若事重者。雖散禁。

可令候獄舍。是已爲使廳之流例。(法曹至要抄、卷上、罪科條、強竊盜事、二六五頁)

- 三 案之。勾引人之罪。若爲奴婢之類者。比強竊盜。若爲凡人者。隨形可處徒流之科。如此之類。使廳之例。或令候獄舍並政所屋而已。(法曹至要抄、卷上、罪科條、勾引事、二六七頁)

- 四 (前略)然而此事。近代皆以絕畢。至于及流徒罪之者。禁獄舍相重。杖笞之者。禁獄政所。或禁便所。是使廳積習之例也。非法條之所指。(法曹至要抄、卷上、罪科條、鬪亂鬪殺事、二五八頁)

- 五 案之。雖謀殺未害終其身。然而罪法所指事重。須令着欽居作也。雖然。依非使廳之所掌。只任例下獄畢。是臨時行來例也。(法曹至要抄、卷上、罪科條、謀殺事、二五六頁)

- 六 內舍人重貞罪。令明兼勘申所。解官贖銅十斤者。信貞勘申大略同此也。但於贖銅刑部省法也。使廳之習。贖銅之科。只令散禁計也。(中有記、永久二年六月三十日條、史料通覽本、第四冊、三二二頁)

- 七 現行法の概念を以てすれば、犯罪人の逮捕、刑罰の執行等の刑事作用の法規たる司法警察法、行刑法等は、刑事法より除外せらるゝを通例とし、學者多くは、刑事裁判所構成法、刑事訴訟法、刑法を總稱して刑事法と云ふ。

- 八 貞觀十六年十二月廿六日頒布の太政官符により、檢非違使の檢察權行使區域擴張の建議が格と認められ、廳例となれるが如きは其の一例である。詳細は本稿三五頁、註三、四、參照。

- 九 檢非違使の私鑄錢者(通貨偽造者)に對する資財田宅等の財産沒收の慣例が、貞觀十六年十二月廿六日の太政官符を以て、正式に法令として認められたるが如きは其の一例である。詳細は本稿三二頁、註一二、參照。

- 一〇 又別當宣者。即廳宣也。古來被准勅宣。仍天下重之。違背廳宣者。可准違勅。(職原抄、下、群書類從、第四輯、六四三頁)

- 一一 貞觀十二年七月廿日の別當宣が、檢非違使廳の管轄事項を決定し、寛平七年二月廿一日の別當宣が、檢非違使廳の刑事裁判所構成に關する規定を制定せるが如きは其の一例である。本稿一三頁、註一九。同六四頁、註一五、參照。

- 一二 彈正臺の彈例が廳例の淵源となれる證左は、犯人移送手續に於て之を見る。

詳細は本稿五二頁、参照。

- 一三 凡不應得爲而爲之者。笞四十。事理重者。杖八十。(律逸、卷七、雜律、二〇七頁)
- 一四 寛弘二年三月廿七日、明法博士惟宗允亮の刑事責任能力に關する勘申は其の一例である。詳細は本稿三一頁、註一〇、参照。
- 一五 檢非違使の設置は平安初期、嵯峨天皇の弘仁年間ならんと云はれてゐる。谷森饒男氏「檢非違使ヲ中心トシタル平安時代ノ警察狀態」一三——二〇頁。
- 一六 淺井虎夫氏「併歸史廳考」によれば、檢非違使の職務権限は自己本來の職務以外に亙りて、違法に其の権限を擴張せるものと説かれてゐる(史學雜誌、第十四卷、第一、二卷、参照)。之に反對せられるのは、法學博士牧健二氏「日本法制史論」(朝廷法時代)五九五頁。
- 一七 總じて律令の實施の容易ならざることとは、大寶令制定後、幾何もなくして顯著なる事實となつて現れた。續日本紀、卷五、和銅四年七月甲戌朔條の詔中には、「張設律令。年月已久矣。然讒行一二。不能悉行云々。」(新訂増補國史大系本、四五頁)とあり、同じく和銅五年五月十七日乙酉條には、「制法以來。年月淹久。未熟律令。多有過失云々。」(同、四八頁)と見えてゐる。
- 一八 この詳細は谷森饒男氏「檢非違使ヲ中心トシタル平安時代ノ警察狀態」に見えてゐる。
- 一九 貞觀十二年七月廿日。別當宣稱。聽訴之官。各有其職。獨爲愆行。事多擁滯。自今以後。自非強竊二盜及殺害。鬪亂。博戲。強奸等外。一切不可執行者。(政事要略、卷六十一、五二六頁)
- 二〇 近京之地及山崎與度大井津頭。使等糾察非違者。(政事要略、卷六十一、五三一頁)
- 二一 法學博士瀧川政次郎氏は、京都の檢非違使は國郡の檢非違使に對して上級審に位してゐた様であると説かれる(同氏「日本法制史」一七四頁)。之に反對は、法學博士牧健二氏「日本法制史論」(朝廷法時代)六一六頁。
- 二二 法學博士瀧川政次郎氏は、王朝末に於ては、國領庄領を問はず、この廳例法が行はれたと説かれる。(同氏「日本法制史」一六四頁)
- 二三 檢非違使廳の廢止に就ては明かでない。歴代皇紀によれば、後土御門天皇

の文正元年(1466)まで、檢非違使廳長官別當の補任が見えてゐる。(歴代皇紀、卷五、改定史籍集覽本、三三六頁)

尙、谷森饒男氏は明治二年七月八日の太政官布告により、檢非違使廳は廢絶せる由を述べて居られる。(同氏「檢非違使ヲ中心トシタル平安時代ノ警察狀態」二七八頁)

二四 凡犯罪未發。及已發未斷決。逢格改者。若格重。聽依犯時。若格輕。聽從輕法。(令義解、卷十、獄令、二九五頁)

二五 現行刑法第六條「犯罪後ノ法律ニ因リ刑ノ變更アリタルトキハ其ノ輕キモノヲ適用ス」參照。

二六 (前略)但有位有職之人。若罪條不明之類。令候散禁。若凡下之輩。見決放免。既使廳例也。(法曹至要抄、卷上、罪科條、神事違例事、二五二頁)

案之。無首從。同處徒年。但有位有蔭之類。不禁獄舍。又爲使廳例。(法曹至要抄、卷上、罪科條、私度越度事、二七四頁)

果騎竝乘主鞍馬。擔夫乘車馬等之類。或此犯者。事重決答八十。事輕決答四十。若有位有蔭之輩者。令候便所。懲將來。又廳例也。(法曹至要抄、卷中、禁制條、乘車馬竝果騎事、三一頁)

二七 案之。僧尼所犯之罪。盜殺害刃傷等之類。禁獄。其中至于盜犯者。著欽。又徒年其外或可還俗之類。宜禁獄政所。苦使色。令候便所。誠爲廳例。曾非法意矣。(法曹至要抄、卷上、罪科條、僧尼行事違法事、二八〇頁)

二八 凡諸司斷事。悉依律令正文。(令義解、卷十、獄令、二九九頁)

二九 凡不應得爲而爲之者。答四十。事理重者。杖八十。(律逸、卷八、雜律、二〇七頁)

三〇 法學博士瀧川政次郎氏「日本法制史」一五三頁。

三一 私鑄錢者の財産沒收に關する廳例が、貞觀十六年十二月廿六日の太政官符により、格として認められたるは其の一例である。詳細は本稿二三頁、註一〇、參照。

三二 法學博士瀧川政次郎氏「日本法制史」一五三頁。

三三 盜犯に對する刑罰が、弘仁十三年の格により律の盜犯の規定を改訂し、廳例の召禁制度が律令法の刑罰執行制度に見られざるものなること等が例示せ

られる。詳細後述。

三四 凡拷囚不得過三度。數總不得過二百。杖罪以下。不得過所犯之數。拷滿不承。取保放之。(律逸、卷八、斷獄律、二一五頁)

三五 雅寶僧都視付使廳使。後見僧延濟。爲綱殺害嫌機人之故也。(中略)。殺害爲綱者。僧宴濟。召出使廳拷問。承伏已畢。(下略)。(百鍊抄、安元二年正月十三日條、同廿日條、九一頁)

三六 文學博士三浦周行「續法制史の研究」五六九頁。

三七 (前略)弘仁九年宣旨稱。犯盜之人。不論輕重。皆配役所者。使等偏執此旨。未定年限。罪無輕重。命終役所。(類聚三代格、卷二十、斷罪贖銅事、弘仁十三年二月七日太政官符、應定罪人配役年限事、一〇三五頁)

三八 衛府追捕。彈正糾彈。刑部判斷。京職訴訟。併歸使廳。(職原鈔、下、群書類從、第四輯、六四三頁)

三九 (前略)兼又同類。縱雖載白狀。無財物者。更非沙汰之限。(御成敗式目、第四條、一同守護人不申事由、沒收罪科跡事、日本古代法典本、四〇一頁)

四〇 一有賊盜人持杖。並傷殺人等。只就贓數勘之。不知餘罪。(西宮記、卷二十三、臨時十一、五八二頁)

第二章 廳例の特色

檢非違使廳の制定せる刑罰法規及び其の手續法は、即ち廳例の刑法及び刑事訴訟法であるが、その内容は現在殘存せる史料を以てしては、容易には之を明かに爲し難い。併し政事要略、法曹至要抄、西宮記等に見える廳例の斷片より推量するに、大體に於て、廳例の刑法及び刑事訴訟法が律の刑法及び刑事訴訟法(一)に比して特色とも云ふべき點は、(一)廳例は概して律令の法意に違反せること、(二)廳例の科刑方針は律の刑法に比して頗る寛宥なること、(三)犯人の逮捕より刑罰の執行に至る迄の手續が簡單にして且つ實際的なこと、以上の三點に存すると云ふことが出來よう。

(1)特色の一

廳例の第一の特色は、概して律令の法意に違反せるものが多いことである。之には律令法が特定條項に付き、法條を以て明示的に規定せるにも拘らず、之に違反せる廳例と、律令法に明示的規定なきにより、檢非違使の獨斷的處分が慣例となれる廳例との二種がある。

律令法が明示的に規定せるにも拘らず、之に違反せる廳例としては、次の如きものを挙げることが出来る。先づ律の規定に違反せる廳例としては、鬪訟律の規定によれば、鬪殺——殺意なくして相鬪毆するにより、相手方を死に至らしめたる過失致死の場合——と雖も、若し加害者が兇器（主として刃物）を所持せる場合には、之を以て故殺——故意殺人——と看做し（二）、その罪は等しく死罪に該當し、死刑に處すべきであるが、死罪にも絞罪、斬罪の二種があり、鬪殺は絞罪にして軽く、故殺は斬罪にして重く、前者は恩赦ある場合には常赦により赦免せらるゝに反し、後者は赦免せらるゝことがない（三）。然るに廳例に於ては此の故殺犯をも、常赦ある時には之を赦免した。その由つて來る所以は、單に「其の來るや尙し^{ひき}」きものであり、敢て此の律違反を改むる所がなかつた（四）。次に令の規定に違反せる廳例としては、獄令の規定によれば、流罪、徒罪の居作は皆、刑具の一種たる鈐を著くべきに拘らず（五）、廳例に於ては僅かに強盜、竊盜の二犯に對して著鈐するのみであり、例へば當然著鈐すべき殺人犯の如きに對して、何等著鈐する所がなかつた（六）

次に律令法に規定なきにより、檢非違使の獨斷的處分が慣例となれる廳例としては、私鑄錢者（通貨偽造者）に對する處罰の慣例に於て之を見る（七）。弘仁十三年（822）二月七日の大政官符によれば、私鑄錢犯（通貨偽造犯）の取締りは鑄錢使の管轄する所であり、犯人は首從の別なく終身徒刑の嚴罰を以て臨んでゐたが（八）、檢非違使は此の自由刑を以て慊らずとなし、更に犯人の舍宅資財即ち私鑄錢者の所有に屬する一切の財産をも沒收するの財産刑をも附加することゝしたのである。これは亦先例によるも

のであり、法意に非ず、又宣旨により規定せられたるものでもなかつたが、(九)、而も尙「法意に非ずと雖も、行ひ來つて例を成す」と云へるが如きは(一〇)、正しく檢非違使廳が上級官司たる太政官の指揮を仰がず、官符や宣旨に基く授權行爲なくして、非合法的に獨斷的處分を爲し來れる臨時の處分が、慣例となれることを公然宣言するものに外ならない。但し此の廳例は清和天皇の貞觀十六年(874)十二月廿六日、太政官符を以て格として法的效力を認めらるゝに至つた(一一)。

(II) 特色の二

廳例の第二の特色は、廳例の刑法の科刑方針が律の刑法に比して頗る寛宥なること、即ち廳例の刑罰は律の刑罰より寛刑なることである。弘仁十三年(823)二月七日附太政官符を以て頒布せられたる格によれば、強盜及び竊盜に關する賊盜律の罰則が全般的に著しく改廢され、特に賊盜律では重刑の部分が著しく其の刑を輕減された。即ち賊盜律の流刑は之を徒役六年の刑に、又死刑は之を太政官より天皇に奏上し、別勅を以て死を赦免されて徒役十五年の刑にと、いづれも律の刑より輕減された(一二)。この後者の死刑の赦免は、法律上或は制度上死刑執行の規定が前記の格により抹消廢止せられたることを意味するものではなく、死刑は法律上或は制度上は依然存在するが、太政官より天皇への奏請によつて、勅裁により之を徒役十五年の刑に減刑されることが慣例となれるに過ぎない。従つて刑部省の如き裁判所の側より云へば、死刑に處すべき罪は依然死罪として判決すべきであり、唯その刑の執行が前記の手續を経て、徒役十五年の刑を執行されると云ふに過ぎなかつた。然るに檢非違使廳に於ては、この強盜及び竊盜の犯罪に對しては、最初から全然死罪の判決を下さざることを以て廳例としたのであるから、従つて別勅による死刑の免除の手續の奏請の如きは、最初から全然之を必要としなかつた。その理由は次に述ぶるが如くである。

賊盜律の規定によれば、強盜の贓布十五端以上は死罪に該當し、死刑に處すべきであるが(一三)、これは前記の弘仁十三年の格により、徒役十五年の刑と修正された。然るに廳例に於ては、強盜の贓物實數が布十五端以上何百端あつても、斷罪判決文たる着鈇勘文には之を十五端未滿の數として記載し(一四)、従つて其の刑は之に基いて量定せられるに至つた。従つて強盜の贓布十五端未滿は、賊盜律の規定によれば流罪として流刑を以て處罰せらるべきであるが(一五)、前記弘仁十三年の格による修正の結果は、律の流刑は徒役六年の刑に減輕せられたるを以て、結局、廳例の判決する強盜犯の最高刑は、律の刑法によれば死刑、流刑に處罰すべきもの、僅かに徒役六年の刑を以て足るに至つた。これ實に平安中期以後の社會秩序が紊亂するに至れる原因の一であつた。斯くの如く、律の死刑が弘仁十三年の格により、別勅による徒役十五年に減刑されたる事が、既に檢非違使の奏請に基く朝廷の恩惠的減刑であつたが、廳例が發達すると共に、廳例の刑は更に之よりも寛宥であり、前述の如く、強盜犯に對しては、死罪の判決は最初から之を下さなかつたから、別勅による減刑の手續を採るが如きことは、事實上、行はれなくなつたのである。

(III) 特色の三

廳例の第三の特色は、犯罪の捜査、犯人の逮捕より刑罰の執行に至る迄の手續や制度、換言すれば、檢察、裁判、行刑の三段階が、律令のそれに比して簡潔、敏速、實際的に行はれたることである。その詳細は次章以下に於て述ぶる所であるが、一例を挙げれば、犯人の逮捕を遅延せしむる三審制度の不適用の如きである。

(IV) 特色の由來・其の一

以上は律令の刑法及び刑事訴訟法に對する廳例の特色の概略であるが、その由つて來る所以は概ね次の如くである。

(i) 先づ第一の特色たる、廳例が律令の法意に對して違反せる慣例たる

所以は、國家の根本法たる律令法の中、就中、刑法及び刑事訴訟法の規定が、全般的に之を事實上その法文通りに實施することが時代の變遷につれて困難となり、勢ひ律令の法意に違反することあつても、時勢に適應せる處置を採ることが實際上必要となり、斯くの如き處置は、豫め法規を以て全般的に規定せられず、各個具體的事件に就て始めて之を見、これが反覆せらるゝに及んで慣習或は判例となつて拘束力を有するに至つたのである。この律令と廳例との關係は、恰も律令と格との關係に類似する所がある（一六）。即ち格も亦、律令の特定條項を改廢修正せるものであり、實質的に見廳例の律令に對する關係も亦かくの如くであるが、唯形式上は、格が特定事項に關して律令の規定の適用を排除し得るのは、即ち格は太政官符を以て頒布せらるゝ合法的なる手續を経たるものなるに反して、廳例が特定事項に關して律令の適用を無視せるのは、即ち廳例が宣旨或は上級官司たる太政官の指令を仰がざる檢非違使廳の獨斷的處分であり、明かに反律令的な慣習であつた點が異なる。斯く律令の法意に反するも、尙且つ一般庶民に對して強力なる拘束力を有することに於て、この第一の特色が擧げられる。尙、廳例と格との關係に就ては後述する。

（ii）次に第二の特色たる、律の刑法に對する廳例の刑法の刑罰の寛宥なる所以は、勿論朝廷の佛法尊信による刑の宥恕輕減の方針の影響に基くものでもあるが、一方、檢非違使自身が佛儒の思想の影響を蒙り、専ら刑の寛宥を事とせるが故でもある。一條天皇の長保元年（666）三月十日より始まりたる檢非違使廳^{けちゑんきやう}の結縁經の如き（一七）、或は檢非違使廳の長官たる別當の私邸を別當職辭任後に破壊して佛殿に改築するが如きは（一八）、いづれも佛儒の罪業消滅思想の影響によるものであり、廳例の寛刑主義たる所以を裏書するものである。

（iii）次に第三の特色たる手續の簡潔、實際的な所以は、云ふ迄もなく、當時京都市中を始め、畿内五箇國（山城、大和、攝津、河内、和泉）

は勿論、全國的に頻出せる當時の名物たる群盜事件を始めとして、強盜、竊盜、殺人、傷害、鬪亂等に對する檢非違使廳の處罰方針の現れであり、若し之を律令の規定に従つて處分せんとすれば、煩瑣なる手續を経ねばならず、時勢を無視せる方法であるとして、檢非違使廳の排斥する所であつたからである。之に就ては次章に於ても一言する所があらう。

以上は廳例が律令法に比して有する三大特色の由つて來れる所以を述べたに過ぎないが、然らば斯かる廳例が何故に發生し、何故に律令法に代つて行はれるに至つたか。尤も之に就ては、既に廳例の發生として一言した所であるが、更に進んで、律令法の施行が時勢に適應せざるに至つたとは云へ、我國最初の大法典たる此の律令が、國家の永世的根本法として制定せられたるにも拘らず、而も檢非違使廳なる一官司によつて、何故に其の刑事法の施行を妨げらるゝに至つたか。換言すれば、何故に檢非違使廳の慣例たる廳例が、この國家の大本たる律令の刑事法の施行を阻止せるか。更に云へば、檢非違使廳が廳例を施行して、律令を法文通りに施行することを肯んぜざる程の權力、勢威が奈邊に在るかと云ふことも考究せねばならない。

(V)特色の由來・其の二

惟ふに律令にせよ、廳例にせよ、それが能く效果的に適用せらるゝや否やは、要するに其の施行せんとする法が時勢に適應せるや否やによると共に、更に其の法の執行機關の有する實權如何によるものではなからうか。律令の刑事法の執行機關は、京都に於ける中央政府の下に於ては、令の官制に定むる所の衛府、彈正臺、刑部省、京職等の令制官司であり、廳例の執行機關は云ふ迄もなく、檢非違使廳なる令の官制に定められざる所謂令外の官司である。前者は唐の律令の繼受に際し、唐の制度を模倣して、官制に基き設置せられたる官司なるに反して、後者は繼受せる律令の施行の結果生じたる種々の制度上の缺陷を補はんがために、新たに實情に即して

設置せられたる令外の官である。前者は單に官制上、百有餘年の久しき因襲に立籠る老朽官司たるに反して、後者は必要に迫られて設置せられたる新進官司である。是等の相違により、既に兩者の有する機能の働きに大なる隔りが感じられる。事實、職原鈔の著者たる北畠親房が、この檢非違使廳を指して、「朝家此ノ職ヲ置キテ以來、衛府ノ追捕、彈正ノ糾彈、刑部ノ判斷、京職ノ訴訟、併セテ使廳ニ歸ス。」と云へる如く（一九）、檢非違使廳は是等の令制諸官司の權限を漸次蠶食すると共に、刑事司法に關する是等の諸官司の執行機能を全く低下せしめた。斯く令外官が令制官司を壓倒するに至れることは、獨り刑事司法方面に於ける檢非違使廳のみならず、新設の令外官たる藏人所が令制官司の中務省及び少納言局を有名無實ならしめ、以て宮中の樞機に參與せるに至れるが如く、平安時代の初期に於ける全般的なる行政機構の改革に現れたる一般的現象の一に外ならなかつた。

檢非違使廳の長官は即ち檢非違使別當である。檢非違使廳の實權が強大化せる結果、令制官司たる衛府、彈正臺、刑部省、京職等の警察並に刑事司法方面の權限が全く有名無實となるに至つた原因は、畢竟するに、檢非違使廳の機能の精銳なるに因ると共に、長官別當の地位が頗る重視せられたるが故である。今之を立證する主なる理由を列擧すれば、概ね次の如きものである。

（Ⅰ）別當名の獨占。元來、別當なる名稱は、本官の役の外に、別に他官の役にも當ると云ふ意であり、必ずしも兼官の意ではない。長官に別當を稱する官司は、檢非違使廳の外にも種々ある。即ち藏人所の別當を始めとして、^〇非學院別當、^〇淳和院別當、^〇學館院別當、^〇内豎所別當、^〇内教坊別當、^〇内膳別當、^〇御厨子所別當、^〇大哥所別當、^〇樂所別當、^〇大學別當等は其の例であるが、通常、單に別當とのみ稱する時は、それは即ち檢非違使廳の長官たる檢非違使別當を指すものと限られることになつてゐた（二〇）。

（Ⅱ）經歷。檢非違使別當に補せらるゝには、位は參議以上の公達にして

必ず左右衛門督、又は左右兵衛督の地位に在る者を以てする。通常は中納言にして兼帶せる者が多く、大納言に至る迄も檢非違使別當を兼帶せる者は稀である。參議にして檢非違使別當となる場合は、中納言の闕員ある場合に限られた(二一)。

(Ⅲ)資格。檢非違使廳は職原鈔に「國家ノ樞機タリ。歴代以テ重職ト爲スモノナリ。」と云へる如く(二二)、重要な官司であつたから、その長官たる別當の人選も亦、頗る慎重であり、百寮訓要抄は之を「殊に器量を選ばるゝ職なり」と云つてゐる(二三)。而して別當たり得るの資格としては、或は容儀、才學、富貴、譜代、近習の五賢を(二四)、或は譜第、器量、才幹、有職、近習、容儀、富有の七總を兼備することを要するとなし(二五)、その中の一を缺く時は、たとへ中納言にして衛門督の經歷を有するとも、別當たり得ざるものと迄に云はれた(二六)。

(Ⅳ)別當宣の權威。檢非違使別當の命令を別當宣又は廳宣と云ひ、權威あることは勅宣に准ぜられ、之に違背する者は違勅の罪を以て問はるゝ程であること等に就ては、既に一言せる如くである。

以上の如く、檢非違使廳の長官別當は、その別當名に於ても、既に特殊的立場に置かれて在り、人物の經歷、資格に嚴格なる條件を附せられた。従つて、斯くの如き條件を充して補せらるゝ別當、その別當の命令たる別當宣の權威の高きに至つては、他官司長官の命令には嘗て見ざる所である。檢非違使廳が官司としての地位は、刑部省、衛府、京職、その他の國司等と概ね同等なるにも拘らず(二七)、その長官の地位に至つては、是等の官司の長官を遙かに凌ぐ權威あるものであつた。この長官別當の重職たることが、畢竟、律令の刑事法の適用を阻止し、檢非違使廳の慣例たる廳例の發達を十分ならしむるに與つて力あるものであつた。令外官なるが故に、令制官司の如く、律令の法規に拘束せらるゝの要なき所が、檢非違使廳をして時勢に適應せざる律令の刑事法を適用せず、實情に即したる廳例を適

用するに至らしめたる主原因であつた。

- 一 律の刑法及び刑事訴訟法に就ては、法學博士瀧川政次郎氏「日本法制史」一五二——一七三頁、法學博士牧健二氏「日本法制史論」(朝廷法時代)四四三——五七九頁に詳細述べられてゐる。

- 二 凡鬪毆殺人者。絞。以刃故殺人者。斬。雖因鬪。而用兵刃殺者。與故殺同。(律逸、卷五、鬪訟律、一八四頁)

- 三 死罪に對する刑は絞斬の二刑があり、後者を以て重しとした。その理由に就ては、法曹至要抄に次の如く見えてゐる。

死罪者始從絞罪。至於斬罪爲竟。即以絞罪爲一等。以斬罪爲一等。皆是俱雖爲死罪。以絞罪爲輕。以斬爲重。其故何者。絞罪待時而殺。若待時之間。邂逅恩詔者。則配徒流。故爲輕。斬罪者。不待時而殺之。故爲重也。抑待時者獄令云。從立春至秋分。不得奏決死刑。仍絞罪爲輕者也。(法曹至要抄、卷上罪科條、五罪、二二八頁)

- 四 先是。余奏法皇曰。如律文者。雖鬪殺。至用刃者。爲故殺。若然常赦不可免之。而稱廳例免之。其來尙矣。(合記、卷十一、久壽元年十月廿八日條、史料大觀、第一卷、上、四一三頁)

- 五 凡流徒罪居作者。皆着欵若盤枷云々。(令義解、卷十、獄令、二九一頁)

- 六 問兼成曰。據獄令。流徒罪居作者。皆着欵。而唯着欵強竊二盜。不着欵殺人者。若有格式改法之文歟。對曰。無。(中略)即使兼成別當曰。今月可有恒例政。殺人者。可着欵事。早奏法皇。宜依勅裁。(宇槐記抄、中、仁平二年五月十二日丙午條、史料大觀、第一卷、下、五一頁)

- 七 私鑄錢者に對する處罰沿革に就ては、細川龜市氏「上代貨幣經濟史」一八六——二〇五頁。

- 八 (前略)其私鑄錢。不論首從。令鑄錢使終身役之。(類聚三代格、卷二十、斷罪贖銅事、弘仁十三年二月七日太政官符、應定罪人配役年限事、一〇三五頁)

- 九 應沒私鑄錢者田宅資財事。謹案。法條中。無可沒入私鑄錢者財物。而使等先例。或沒其舍宅資財。既非法意。亦無宣旨。論之政理。誠難遵行。望請處分。將爲永例。(三代實錄、卷二十六、貞觀十六年十二月廿六日庚辰條、三五五頁)

- 一〇 太政官符

應沒私鑄錢者田宅資財事

右。檢非違使起請稱。謹案法條。無可沒入私鑄錢者財物。而使或等必沒其宅舍資財。雖非法意。行來爲例。望請。編之朝章。嚴遏其奸者。右大臣宣。奉 勅。依請。

貞觀十六年十二月廿六日

(類聚三代格、卷十四、錢鑄事、八〇三頁)

- 一一 前記註一〇に例示せる太政官符は即ち格たるの性質を有するものである。
- 一二 (前略)若犯二流者。各役六年。其犯死罪。別勅免死十五年爲限云々。(類聚三代格、卷十二、斷罪贖銅事、弘仁十三年二月七日太政官符、應定罪人配役年限事、一〇三五頁)。
- 一三 凡強盜不得財徒二年。一尺徒三年。二端加一等。十五端及傷人者絞。殺人者斬。其持仗者。雖不得財遠流。十端絞。傷人者斬。(律疏殘篇、賊盜律、一〇八頁)
- 一四 實例に徴すれば、強盜犯人田邊延正の贓布數六百十三端二丈を僅かに贓布十四反三丈と判決文に記載せる事實がある。本稿八六頁、九二頁、參照。
- 一五 強盜不得財。徒二年。一尺徒三年。二端一尺近流。四端一尺中流。自六端一尺至十四端五丈一尺九寸遠流。十五端絞。(西宮記、卷二十三、臨時十一、五七三頁)
- 一六 之に就ての詳細なる研究は、法學博士瀧川政次郎氏「律令の研究」三二—一四〇頁。
- 一七 使廳のけちえん經は、長保元年三月十日はじめておこなひて、其後年ごとにをこなはれけるが、絶て久しく成にけるを、建久年中別當兼光卿かたの如くおこなはれけり、其後建保六年五月廿日別當顯俊卿雲林院にておこなひたりけり、左の佐經兼いげ (以下) 著座したりけり、このたびはじめて前右大臣公繼を始て別當經たる人々に、法華經丹に涅槃一卷づゝけちえんさせられたりけり、其外別當のきたにてもみづから書れたりけり、開結の二經は左佐經兼、右佐賴資けちえんし侍りけり、尉いげ (尉以下) は尊勝陀羅尼をぞ奉りける、みな捧物をぐしけり、寶治二年五月廿八日別當副御靈山の堂にて又行れしは、建保の例をうつされけり、ふるきためしの有けるをかやとて、ゆるしものなん侍りけり、又金光明經をも別當のきたにてそへられけり、今度法華經の品々をば詩につくらせ、金光明經の品々をば歌によませられけり、

(古今著聞集、卷二、釋教、五一頁)

一八 (前略)今は使廳の廳務停止したる也、かつは聞も及ぶらん、年ごろ作りおける樓もみなうちやぶりて佛殿につくりなをして一向廳務をとゞめ後世の事をいとなむ也、(古今著聞集、卷十二、偷盜、二五七頁)

一九 朝家置此職以來。衛府追捕。彈正糾彈。刑部判斷。京職訴訟。併歸使廳。(職原鈔、下、群書類從、第四輯、六四三頁)

二〇 例へば續古事談、第五、諸道(國史叢書本、二八九頁)に「別當宗忠卿」とあるのは、永久元年三月、檢非違使別當に補せられたる藤原宗忠を指し(大日本史、藏人檢非違使表)、平治物語、卷一、信賴卿信西を滅さる議の事(國民文庫刊行會本、九八頁)に「別當惟方」とあるのは、平治元年十月、檢非違使別當に補せられたる藤原惟方を指す(大日本史、藏人檢非違使表)。

二一 別當一人。參議以上。尤擇其人也。補此職之人。必帶衛門兵衛督。(中略)仍至大納言。帶此職。近代又未聞事也。仍中納言大理。任大納言之日。必去此職。是流例也。(中略)參議大理者。遇納言闕之時。必任之。(職原鈔、下、群書類從、第四輯、六四三頁)

二二 仍爲國家之樞機。歷代以爲重職者也。(職原鈔、下、群書類從、第四輯、六四三頁)

二三 百寮訓要抄、群書類從、第四輯、六九二頁。

二四 白川院の仰には、五ヶの徳あるものを任ずべしと仰せられけるとぞ。容儀才學、富貴、譜代、近習也。(百寮訓要抄、群書類從、第四輯、六九二頁)

二五 世俗説。補大理之人。可備七徳。所謂譜代器量才幹有職近習容儀富有云々(職原鈔、下、群書類從、第四輯、六四三頁)

二六 前中納言は衛門の督なれど、装束きよらにせずとて、ひゐの別當はかけず。(宇津保物語、藏開の上、國史大觀本、四一七頁)

二七 朝野群載、卷十一(二三六頁)には大治四年三月に山陽、南海の兩道の國衛に宛てゝ出されたる檢非違使廳移が載せてある。「移」は本質上、同等の官司に文書を出す時に用ゐらるゝ形式であるから、之に従へば、檢非違使廳は形式的には國衛と對等の地位に在つたと思はれる。

第 三 廳 例 の 改 廢

(I) 外部權勢による強制的改廢

廳例は即ち檢非違使廳の職務上の慣例であり、たとへ律令の規定に違反せる場合に於ても、尙且つ一般庶民に對する拘束力を有し、外部より其の不當なることを指摘せらるゝも、敢て改むる所がなかつた。例へば既述の如く、鬪訟律の規定によれば、常赦ある時には刑の執行を赦免せらるゝ、鬪殺犯と雖も、若し兇器を用ひて之を犯せる時は故殺犯を以て論じ、たとへ常赦あるも赦免せられざる所なるに、廳例に於ては之を赦免せるは違法なりとして、近衛天皇の久壽元年(1154)十月廿八日、藤原頼長より其の由を鳥羽法皇に上奏し、以て廳例の不當なる處置を改められんことを請うたが、容れられざりしは其の一例である(一)。

(II) 檢非違使廳の自發的改廢

斯くの如く、廳例は因襲久しきに互り、たとへ律令の注意に反するとも容易に之を改廢することを得なかつたが、然し廳例の特定事項に對する不當なる所を檢非違使廳自ら是認する時には、こゝに當該事項に關する廳例の改廢を見ることも、敢て絶無ではなかつた様である。例へば著^{ちやくだのまつりごと}欽政(二)當日、強盜、竊盜竝に私鑄錢の犯人が服罪して之を着欽せしめたる後は、犯人を直ちに獄舎に送るべきに拘らず、廳例では服罪、著欽の後、更に杖打七十を囚人に科することが慣例として行はれてゐた。併し著欽前、既に斷獄律の規定する拷問(杖にて毆打)の最高回数たる杖打二百を科したる者に對して(三)、著欽後更に杖打七十を科することは頗る苛酷に失し廳例の寛刑主義にも反することであつたから、圓融天皇の天祿五年(174)時の檢非違使廳長官たる檢非違使別當源延光の奏請により、宣旨を以て此の著欽後の決杖事の停廢せらるゝことゝなつた(四)。而して此の廳例の施行停止が、何故に檢非違使廳自身の一方的宣言によらずして、勅許を経て

宣旨を以て發令せられたるかに就ては後述する所があらう。

- 一 先是。余奏法皇曰。如律文者。雖鬪殺。至用刃者。爲故段。若然常赦不可惡之。而稱片例惡之。其來將矣。近年京師往々有殺害之間。是用經典之所致歟。願任律文拘之以懲將來。勅曰。所奏可然。但任年來例。從輕重赦之。有何事爭乎。(合記、卷十一、久壽元年十月廿八日條、史料大觀、第一卷、上、四一三頁)
- 二 著欽政に就ては法學新報、第四十四卷、第八號に小早川欣吾氏の研究が掲載されてゐる。尙、法學博士瀧川政次郎氏「法律史話」一三一頁以下、及び本稿、一一七頁以下、參照)
- 三 凡拷囚不得過三度。度總得過二百。杖罪以下。不得過所犯之數。拷滿不承。取保放之。(律逸、卷八、斷獄律、二一五頁)

四 停止着鐵後決杖事

檢非違使式云。盜人雖承伏已了。決背七十。天祿五年五月廿六日。宣旨云。檢非違使別當中納言從三位兼行左衛門督春宮太夫源朝臣延光。今月三日奏狀稱。強盜、竊盜。承伏着鐵者。反決杖七十。拷掠之間已滿二百。着鐵之後何決七十者。內大臣宣。奉勅。件事自古行來之例。非隨申請輒可令改。然曰如聞者着鐵後。決杖事非律令之所載。是使等所申行也。頗似苛酷。疑增寬愁思。彼囚人之所歎。欲施仁代而相赦。宜停禁之無於一時。以貽漢德於萬代者使宜承知依宣行之。

(西宮記、卷二十三、臨時十一、五七一頁)

第四 廳例と格との關係

廳例は檢非違使廳に於て律令の成文規定を改廢せるものであり、この意味に於ては、律令に對する格と同様な地位に立つものである(一)。然し廳例の中には、この律令の規定を改正せる格にも違反せるものがあり、又、格により律令の規定が既に改正せられたるにも拘らず、依然として律令の規定を其のまゝ廳例として採用せるものもあつた。

(I) 格違反の廳例

先づ格に違反せる廳例としては、弘仁十三年二月七日の格に對する廳例である。該格によれば、強盜及び竊盜に關しては、律の刑法の規定する杖罪、笞罪の刑を一律に徒役一年の刑と改正した(二)。これは元より刑の加重であり、右の格が賊盜律に規定する死刑を別勅によりて徒役十五年の刑に輕減せしめ、又同じく流刑を徒役六年の刑に輕減せしめ、賊盜律の重罪の刑は概ね之を輕減せるに反して、杖、笞二罪の刑の如きは凡て之を加重せしめてゐる(三)。然し寛刑主義を採れる廳例の科刑方針に於ては、如何に格により決定せられたるものとは云へ、律の刑法の輕罪の刑を加重して執行することは、廳例の本旨に反することであつたから、是等の杖、笞二罪の刑は、格の本旨に従へば徒役一年であり、囚人には刑具の鈐(くびかせ)を着けしむべきではあつたが、輕罪たるの理由により鈐を着けしめず、從つて徒役の刑を科せず、又律の刑法本來の刑たる杖打、笞打の刑をも科せず、單に懲肅說諭を加へて放免するに止まつた(四)。この杖、笞二罪に對しては、單に說諭を加へて釋放することは、勿論律や格の認めざる所であるが、尙且つ廳例としては慣行されたのである。

(II) 格無視の廳例

次に律令の規定が既に格により改正せられたるにも拘らず、この格の存在を無視し、依然として舊規定たる律令の規定を採用せる廳例としては、名例律の刑事責任能力に關する規定である。該規定によれば、流罪以下に該當する犯罪を犯せる者が、贖(罰金)を收納して正刑たる死、流、徒、杖、笞の五刑を免れ得る場合は、年七十以上、十六以下及び廢疾者に限られてゐる(五)。從つて律の刑事責任に關する完全能力者は年六十九以下、十七以上であつたが、孝謙天皇の天平勝寶九年(757)四月四日の格により、名例律の完全能力者の最低年限を一年繰上げて年十八以上と改正され(六)、從つて年十七以下は制限能力者として、名例律の流罪以下の犯罪に對する贖の規定が適用され、著鈐を免れるに至つた。然るに廳例に於ては依然と

して名例律の規定を固執し、十七歳には贖を許さずして著欽し、十六歳以下に限り贖を許す方針であつた(七)。斯くの如く、格の頒布により律令の規定が改正せられたるにも拘らず、尙廳例が格によらずして律令の規定を墨守せることは、保守的な律令に比して進歩的な廳例としては稀有のことであるが、實は、これは檢非違使廳に所屬する擬律官たる明法家が前記の天平勝寶九年の格の頒布を識らざりしが故である(八)。この事は、天長十年(833)に編纂せられたる令義解十卷が、令の規定に對して有權の解釋を施せるものとして頒布せられてより(九)、律令の制定以來、盛に行はれたる律令の法律解釋の氣運が漸次衰微の道を辿るに至つた影響によるものであり、明法家の律の刑法に對する判例や格等の根本的研究の不足に因るに外ならなかつた。但し此の刑事責任能力者の年齢に關しては、一條天皇の寛弘五年(1008)十二月、政事要略の著者たる明法博士惟宗允亮の建議により、天平勝寶九年の格に従ひ、十七歳以下を以て制限能力者となし、之に贖を許して正刑を免れしむることゝなつた(一〇)。

(III) 廳例の格化

最後に一言附加すべきことは、廳例が主として律令や格の規定に違反せるものではあるが、時としては廳例の中にも之を格として頒布され、正式に法的効果を太政官符により附與せられることもあると云ふことである。廳例は檢非違使廳の慣例として、實質的には拘束力を有すること勿論であるが、形式的には何等法的効果を與へられてゐなかつたことは既述の通りである。又太政官符により、或は朝廷の有力者により廳例が律令の法意違反なることを指摘せられたる事實も亦、その一證左に外ならない(一一)。然し廳例の中にも、律令や格の規定に全然缺如せる事項に關するものは、之を法意に違反すると云ふよりは、むしろ律令や格の規定の不備に基くものであるから、無下に廳例のみを責めることも出来ないであらう。而して此の種の廳例の中には格として別に頒布され、形式的にも法的効果を附與

せられたるものもある。例へば後述する所の私鑄錢者（通貨偽造者）の財産沒收に關する廳例が、貞觀十六年（874）十二月廿六日に格として頒布せられたるが如きものである（一・二）。私は此の現象を廳例の格化と名付ける。

- 一 律令と格との關係は、律令が國家の根本法なるに對して、格は律令の改廢補闕をなす法である。令が行政法規、私法々規、手續法規等を規定し、之に違反する罰則並に犯罪に對する刑罰法規を規定せるものが律である。而して此の律令が時勢の變遷に從ひ、社會の實情に適用し難くならんとする時、律令に生氣を與へ、之を生きた法律として活用せらるゝものが即ち格である。尙この詳細なる研究は、法學博士瀧川政次郎氏「律令の研究」三二——四〇頁
- 二（前略）自今以後。宜犯徒一年者加半年。犯二年三年者各加一年。杖罪以下只徒一年。若犯二流者各役六年。其犯罪別勅免死十五年爲限云々。（類聚三代格卷二十、斷罪贖銅事、弘仁十三年二月七日太政官符、應定罪人配役年限事、一〇三五頁）
- 三 強盜及び竊盜に關する賊盜律の規定と、弘仁十三年二月七日の格との刑を比較表示すれば次の如くなる。

賊盜律	杖 笞	刑	徒役一年	徒役二年	徒役三年	遠、中、匠 流 刑	死 刑
弘仁十三年格	徒役一年	徒 役 一年半	徒役三年	徒役四年	徒役六年	徒 役 十 五 年	

この表に見る如く、格は律に比して死、流の二刑は減輕されてゐるが、徒、杖、笞の三刑は加重されてゐる。その理由は第三章に譲る。

- 四 格文云。杖罪以下。只徒一年者。然而竊盜不得財笞五十。並其盜各徒者不行。又不受分竊盜笞。共謀強盜條稱餘並笞五十之數等。依爲輕罪。不必令着欽。從官加徵肅原免之。此等會釋亦廳例也。（西宮記、卷二十三、臨時十一、長徳二年十一月十六日別當宣、五八三頁）
- 五 凡年七十以上十六年以下。及廢疾犯流罪以下收贖。（律疏殘篇、名例律、四六頁）
- 六 勅。天下百姓。成童之歲。則入輕徭。旣冠之年。便當正役。量其勞苦。用軫于懷。昔者先帝亦有此趣。猶未施行。自今以後。宜以十八爲中男廿二成正丁。

普告遐邇。知朕意焉。主者施行。

天平勝寶九年四月四日

(類聚三代格、卷十七、觸免事、九〇九頁)

七 勘申秦童丸可着欽哉不事。

右童子丸。強盜之犯承伏進過狀。而生年十三。猶可着欽哉者。名例律云。年七十以上。十六以下。犯流罪以下收贖。八十以上。十歲以下。盜亦收贖。疏云。盜既侵損於人。故不許全免。令其收贖。又云。犯罪時幼小。事發時長大。依幼小論⁷。疏云。十六時偷盜。十七事發。仍以贖論。此名幼少時犯罪。長大事發。依幼小論者。偷盜犯之輩。雖有科條。十六以下之者。須用贖法。童子丸尋勘所稱之年。未過所指之限。唯令徵銅。非可着欽。仍勘申。

長德三年四月廿九日

允亮草

(政事要略、卷八十二、六六八頁)

八 文學博士三浦周行「續法制史の研究」五六六頁。

九 講令備考、卷第一、序、應撰定令律問答私記事。續々群書類從、第六五頁以下。

後妙華寺殿令聞書、續群書類從、第十輯、六八頁以下。

令義解、序、一頁以下。

類聚國史、卷百四十七、文部下、律令格式、天長十年三月十五日壬申條、九
九頁。

一〇 問。十七之人犯盜者。猶徒役哉。將可聽收贖乎。答。名例律云。年十六已下犯流罪以下收贖云々。爲其老小特被哀矜。竝許收贖。戶令云。男女十六以下爲少。廿以下爲中。弘仁民部格云。以十八爲中男者。令以九六爲少。格加一年爲中。便知十七既是小男也。夫舉輕明重。金玉通例。課役此載。尙增年配役。罪科性重。須加年科罪。依律准格。可聽收贖。

寬弘二年三月廿七日政。強盜類多治大丸承伏。進過狀已畢。問注年之處稱十七。仍爲視後學。作此問答。

(政事要略、卷八十二、六六八頁)

尙、西宮記、卷二十三、臨時十一、寬弘五年十二月廿三日、勘申秦安武可着欽哉否事、六〇四頁、參照。

西宮記所收、宗阿記、寛弘五年十二月二十三日條、六〇五頁、參照。

- 一一 例へば寛平七年十二月廿二日、延長七年九月十九日の太政官符により、誣告者に對する反坐法の不適法の戒飾（政事要略、卷八十四、六八八——六九一頁）、兇器所持の闘殺を常赦により赦免せるに對する藤原頼長の論駁（本稿第二七頁、註一、參照）等の事實を擧げることを得る。
- 一二 本稿七九頁、註二二、參照。

第 五 廳例と檢非違使式との關係

（I）檢非違使式の意義

檢非違使式は即ち檢非違使に關する式であり（一）、檢非違使の職務權限の施行細則に關する規定である。その式たる點に就ては他の式たる衛門府式、彈正式、刑部式等と本質に於て何等變りはない。廳例が檢非違使廳に於て發生せる反律令的な慣習法なるに反して、檢非違使式は、宣旨や太政官符を以て頒布せられたる合法的なる成文の法令である。而して檢非違使式制定の經路には、（一）檢非違使の奏請に基くもの、（二）廳例を合法的に式化せるもの等が擧げられる。

檢非違使式を收録せるものとして有名なるは、清和天皇の貞觀十七年（875）四月、中納言南淵年名等の撰進に關する左右檢非違使式一卷であるが（二）、今は傳つて居らず、僅かに數ヶ條の逸文が政事要略、法曹至要抄西宮記等の諸書に見えるに過ぎない。

（II）檢非違使式の一

檢非違使の奏請により、合法的に太政官符を以て格として頒布せられ、之を檢非違使式として規定せるものは、清和天皇の貞觀十六年（874）十二月廿六日、檢非違使廳の糾彈に關する管轄地域を擴張して、京都を中心とする附近一帯の地域、即ち山崎、與度、大井、津頭等の地域の非違の糾彈權を附與せられんことの奏請が（三）、翌貞觀十七年（875）四月撰進の檢非

違使式に「近京ノ地及ビ山崎、與度、大井、津頭ハ使等非違ヲ糾察ス。」と規定せらるゝに至つたのが其の一例である(四)。この檢非違使式が實際に適用せられたる例は、宇多天皇の寛平六年(894)十一月三十日の宣旨に見えてゐる(五)。

(III) 檢非違使式の二(廳例の檢非違使式化)

檢非違使廳の慣例たる廳例を式化せるものは、律令に規定なきために、檢非違使廳が獨斷にて處分し來れる司法上の慣例が、太政官符により格として頒布せられ、適法に承認せられたるにより、更に之を檢非違使式として規定せるものである。即ち此の場合に於ける檢非違使式は、既に過去に於て反律令的な慣習法として施行し來れる司法上の處分の慣例を、新たに適法なる手續により成文法規として制定せんとするものであり、この點に於ては、他の種類の檢非違使式の如く、將來施行せんとする規定を、最初より適法なる手續による成文法規たらしむる檢非違使式とは異なる。

斯くの如き檢非違使式の一例としては、私鑄錢者(通貨偽造者)に對する處罰が單なる自由刑に止まらず、更に其の所有に關する田宅資財の沒收、即ち極端なる財産刑をも科することを規定せる檢非違使式に於て之を見る。即ち私鑄錢者に對する處罰は律令に其の規定なく、この種の犯罪の發生以來、太政官符を以て格として其の罰則が規定せられ來つたものであるが(六)、嵯峨天皇の弘仁十三年(822)二月七日の太政官符は、私鑄錢者の處罰を鑄錢使の管轄となし、その犯罪者は凡て終身徒刑の嚴罰方針を採るに至つた(七)。然るに檢非違使は私鑄錢者の處罰を此の自由刑のみに止めず、更に犯人の所有する一切の財産をも沒收せんとする財産刑の執行を主張し、清和天皇の貞觀十六年(874)十二月廿六日の檢非違使^{きしやう}起請に於て、この私鑄錢者の財産沒收權を附與せられんことを太政官に奏請した(八)。その起請の中には「謹ミテ案ズルニ、法條中私鑄錢者ノ財物ヲ沒入スベキハナク、

而モ使等ノ先例、或ハ其ノ舍宅資財ヲ沒セリ。」と述べてゐるから、檢非違使が私鑄錢者の財産を沒收せる事實は、既に此の起請をなせる貞觀十六年以前に於て行はれてゐたことが分る。而して此の財産沒收は檢非違使廳の「先例」に基くものであり、律令の「法意ニ非ザル」ものであつた。但し此の「法意ニ非ザル」の所以は、私鑄錢者の處罰は自由刑に止まり、財産刑は格の禁する所なるにも拘らず、而も之を爲すと云ふ意ではなく、私鑄錢者に財産刑を科する規定が未だ存在せずとの意である。尙この檢非違使の起請は容認せられ、即日太政官符を以て格として頒布せらるゝと共に(九)、翌貞觀十七年(875)四月には、檢非違使式として「私錢ノ輩ハ鑄錢司ニ送ルヲ停メ、着鈇ハ盗人ト同ジク、資財田宅ヲ沒入セシム。」と規定された(一〇)。私は此の後者の現象を廳例の檢非違使式化、或は略して廳例の式化と名付ける。

斯くの如く、式化せられたる廳例は、たとへ廳例そのものは律令の法意に違反せる事項に關するものであつても、既に之を太政官符を以て合法的に承認せられて檢非違使式に規定せられたる以上は、之を改廢し、その執行を停止することは、單に檢非違使廳の獨斷を以て爲すことを得ない。既に述べたるが如く、盗人の着鈇後、更に杖七十を科することが廳例として慣行せられたるにも拘らず、之を苛酷なりとして、時の檢非違使別當源延光が其の執行の停廢方を、圓融天皇の勅許を経て、天祿五年(977)五月廿六日の宣旨により命じたることは、實は此の廳例が既に檢非違使式として「盗人承伏已ニ了ルト雖モ、背杖七十ヲ決ス。」と規定せられてゐたに外ならなかつた(一一)。

- 一 式の何たるかに就ては、唐六典に「格以禁違正邪。式以斬物程事。」(大唐六典、尙書刑部卷六、刑部郎中員外郎條、官板、唐六典、天保七年版、第三冊)と見え、弘仁格式の序には「格則量時立制。式則補闕拾遺。」(類聚三代格、卷一、序事、三二九頁)と見えてゐる。則ち式は律令の施行細則を規定せる

ものであり、當該官吏の執務提要たるべきものを云ふ。尙、詳細は法學博士瀧川政次郎氏「律令の研究」三二——四〇頁。

二 本朝法家文書目錄、續々群書類從、第十六、一五三頁。

本朝書籍目錄、群書類從、第十七輯、九二〇頁。

三 檢非違使起請。應糺彈近京之地非違事。

謹案。使等依舊宣旨。准檢京中之非違。由是。奸猾之輩。好城邊之地。避使等檢察。亦觸類應彈之事。多在山崎與度大井津頭。使等卽事。經過那邊。目有所見。口不能言。望請。津頭及近京之地在非法。使等有看肴。即便糺彈。
(三代實錄、卷廿六、貞觀十六年十二月廿六日庚辰條、三五五頁)

四 近京之地及山崎與度大井津頭。使等糺察非違者。(政事要略、卷六十一、五三一頁)

五 右大臣宣。奉 勅。檢非違使每旬巡察大井與度山崎大津等非違者。使式云。近京之地及山崎與度大井等津頭。使等糺察非違者。(政事要略、卷六十一、五三一頁)

六 私鑄錢者に對する處罰の沿革に就ては、細川龜市氏「上代貨幣經濟史」一八六——二〇五頁。

七 (前略)其私鑄錢。不論首從。令鑄錢使終身役之。(類聚三代格、卷二十、斷罪贖銅事、弘仁十三年二月七日太政官符、應定罪人配役年限事、一〇三五頁)

八 應沒私鑄錢者田宅資財事。謹案。法條中。無可沒入私鑄錢者財物。而使等先例。或沒其舍宅資財。既非法意。亦無宣旨。論之政理。誠難遵行。望請。處分。將爲永例。(三代實錄、卷二十六、貞觀十六年十二月廿六日庚辰條、三五五頁)

九 太政官符

應沒私鑄錢者田宅資財事

右。檢非違使起請稱。謹案法條。無可沒入私鑄錢者財物。而使等或必沒其舍宅資財。雖非法意。行來成例。望請。編之朝章。嚴遏其奸者。右大臣宣。奉勅。依請。

貞觀十六年十二月廿六日

(類聚三代格、卷十四、錢鑄事、八〇三頁)

一〇 私錢之輩。停送鑄錢司者。着欽與盜人同。令沒入資財田宅。(西宮記、卷二

十三、臨時十一、五七二頁)

—— 盜人雖承伏已了。決背杖七十。(西宮記、卷二十三、臨時十一、五七〇頁)

尙、詳細は本稿二七頁、註四、參照。

第 六 檢非違使式逸文收錄

既に述べたるが如く、貞觀年間以降、檢非違使廳に於て編纂せられたる檢非違使に關する一切の記録集が、今は凡て傳つて居らぬと云ふのが定説となつてゐる(一)。就中、檢非違使式を收録せるものと推測せらるゝ左右檢非違使式一卷の亡逸は、檢非違使式の研究を最も困難ならしむるものと云はざるを得ない。廳例に最も關係深き檢非違使式の欠缺は、延いては更でなに史料の亡逸に困難を感じる廳例の研究を、一層難事たらしむるものがある。

さて政事要略、法曹至要抄、西宮記等に見える檢非違使式の逸文は、凡そ次の如くである。

- 一 使之所_レ掌。准_二彈正彈事_一。并依_二臨時宣旨_一行_レ之。(二)
- 一 推_レ事不_レ論_二左右_一。雖_レ無_二佐若尉一人_一。猶得_レ行_レ事。(三)
- 一 近京之地及山崎與度大井等津頭。使等糾_二察非違_一者。(四)
- 一 凡累騎并乘_二已主鞍馬_一。擔夫乘_二車馬_一等之類。隨_レ狀科_二不應爲輕重之罪_一。(五)
- 一 請_二鷹官符_一家々行_レ餌取_一者。三位此上各二人。四位以下各一人。(六)
- 一 關_二入宮中及北野馬牛_一。惣送_二馬寮_一令_二死公用_一。但彼主申者決答。其圍牧者五十。然後給了。(七)
- 一 盜人不_レ論_二輕重_一。停_レ移_二刑部_一。別當直着鈇。配_二役所_一令_二駢使_一。如官當收_レ贖。各依_二本法_一。自餘犯並從_二常律_一。(八)
- 一 私錢之輩。停_レ送_二鑄錢司_一者。着鈇與_二盜人_一同。令_二沒入資財田宅_一。(九)

- 一 盜人雖_レ承伏已了_レ。決_レ背杖七十_レ。(一〇)
- 一 諸司諸衛及諸家官人以下。雜色以上若有_レ犯過_レ者。且禁_レ其身_レ。且經_レ本司_レ。(一一)
- 一 文學博士三浦周行「續法制史の研究」五六二頁。
法學博士瀧川政次郎氏「日本法制史」一六四頁。
- 二 政事要略、卷六十一、五一八頁。
- 三 同前、五二八頁。
- 四 同前、五三一頁。
- 五 政事要略、卷六十九、五七五頁。
- 六 政事要略、卷七十、六一三頁。
- 七 同前、六二〇頁。
- 八 政事要略、卷八十四、六八九頁。
- 九 西宮記、卷二十三、臨時十一、五七二頁。
- 一〇 同前、五七〇頁。
- 一一 法曹至要抄、卷上、追捕事、二八六頁。
政事要略、卷八十四、六八八頁。

第二章 廳例の檢察制度

廳例の檢察制度とは、之を檢非違使廳の事務たる廳務より云へば、檢非違使の權限に屬する檢察事務に關する制度であり、之を檢非違使廳の權限たる廳政より云へば、檢非違使の行使する檢察權に關する制度である。尙こゝに云ふ檢察制度とは、檢非違使廳に於て慣例として行はるゝ犯罪の摘發彈劾に關する糾彈制度、及び犯罪人逮捕に關する司法警察制度とを併稱して云ふ。

第一 糾 彈 制 度

(I)彈正臺の糾彈權

律令の刑事訴訟に於ては、犯罪の摘發、犯人の逮捕には、先づ之に對する糾彈あることを必要とした。糾彈とは官吏の害政、庶民の不法行爲（多くは犯罪）等の所謂非違を摘發彈劾して、之に對し裁判所たる刑部省に國家の刑罰權の發動を請求することであり、令の官制に於ては、この糾彈權は彈正臺の有する所であつたが、又庶民も所謂告言の制度により此の糾彈權を行使することを得た。前者を公の糾彈、後者を私の糾彈として區別するが、公の糾彈は國家の機關たる彈正臺の爲すことに於て現今の公訴に、又私の糾彈は彈正臺以外の私人の爲すことに於て現今の告訴、告發に夫れ夫れ該當するものと考へて大過はない。(一)

彈正臺の糾彈權は人及び場所に關しては、全國民及び全國に互つて行使せられ、身分の貴賤、國の遠近を問はざるものであつたが、併し糾彈權が實際に行使せられたる區域は、主として京都及び諸國の官衙、國衙に於ける官吏であり、一般の庶民間の非違の糾彈は、庶民各自が私の糾彈として之を行つた様である。彈正臺が全國の官吏に對する監察機關として、その不

正、害政を糾察彈劾せることは、當時の官僚政治の國家に於ては、最も重要な役割を演ずるものであつた。而して彈正臺の糾彈は、非違に関する確證を得れば、太政官を経ずして直ちに之を天皇に奏聞することを得た(二)。但し是れは五位以上の高等官に関する糾彈に限られ、六位以下の官吏に関しては、各々その所屬の官衙、國衙に移して處分せしめた(三)。五位以上の官吏の非違に對しては、太政官を経ずして、直接に彈正臺より天皇に奏聞し得たのは、彈正臺の地位が太政官と相對立せる結果であり、太政大臣を除くの外は、左右の大臣の非違と雖も糾彈し得たるは(四)、監察官司が行政官司に對して獨立の地位に立つ所以であつた。

(II) 檢非違使の糾彈權

檢非違使が彈正臺の糾彈權を確有するに至つたのは、いつ頃であるかは判然としない。併し弘仁十一年(820)十二月十一日の宣旨によれば、「檢非違使ノ掌所ノ事ハ彈正ト同ジ。」と見えてゐるから(五)、檢非違使の設置後、未だ十年を経ざる中のことであることは確かであらう(六)。然りとすれば、檢非違使は其の設置後十年を出ずして、身の本官は太政官下の衛府の一官吏に過ぎざるものではあるが、それが檢非違使宣旨を蒙つて補せらるゝ檢非違使となるに及んでは、本官を統制すべき太政官に相對立する彈正臺の權限をも有するに至つたことは、その權勢の發展の急激なるに驚かざるを得ない。

弘仁十一年十二月十一日の宣旨により、檢非違使の職掌には彈正臺と同様に糾彈權が認められたが、この宣旨の趣旨は後の貞觀十七年(875)十二月撰進の檢非違使式に「使ノ掌所ハ彈正ノ彈ズル事ニ准ジ、並ニ臨時ノ宣旨ニ依リテ之ヲ行フ。」と規定せられ(七)、彈正臺の糾彈に関する事項は、凡て檢非違使の糾彈にも准用せらるゝに至つたが、その後、延喜式には之を「凡ソ新ニ制ヲ立ツル宣旨アラバ、檢非違使ニ告示セヨ。」と規定され(八)、糾彈權行使に就ては、彈正臺と檢非違使とが相互に連絡を取ることゝなつた。

斯くの如く、糾弾に關しては彈正臺、檢非違使共に相通ずる所があつたが、糾弾權の對象に就ては必ずしも同一ではなかつた様である。即ち衣服令に基く禁制色使用の糾弾に關しては、彈正臺及び檢非違使は共に其の糾弾權を有したが(九)、その他の場合に於ては、概して彈正臺は有位者の非違、諸官司の枉判害政等を糾弾し、檢非違使は庶民の非違を糾弾した様である(一〇)。従つて律令の刑事訴訟に於ては、一般庶民の非違(廣く犯罪を指す)は私の糾弾により被害者又は第三者の私人の彈劾を待つて、始めて官權の發動を見たのであるが、檢非違使が糾弾權を有するに至つて後は、一般庶民間の犯罪も檢非違使の職權發動により、私の糾弾を待たずして、直ちに之を摘發彈劾することを得たから、犯罪の捜査、犯人の逮捕は著しく効果を擧ぐるに至つた。而して此の檢非違使の糾弾權獲得は、後に至つて檢非違使が裁判權をも獲得するや、律令の刑事訴訟に於ける糾弾主義は一變して、廳例の刑事訴訟が糾問手續の下に職權審理主義を採るに至る原因をなすに至つた。

- 一 公の糾弾、私の糾弾を夫れ夫れ現今の公訴、告訴又は告發に類似するものと考ふことは、必ずしも誤りではないが、併し現今に於ては、公訴權を行使する權利は、國家の機關たる檢事の專有權に屬するものであり、告訴、公發は犯罪の捜査開始の原因たるに過ぎない。

然るに律令の刑事訴訟手續は糾弾主義の下に行はれる。この糾弾主義の下に行はるゝ刑事訴訟手續は、所謂彈劾手續 *akkusatorisches Verfahren* に類似するものであり、公の糾弾は云ふ迄もなく、私の糾弾と雖も、その糾弾たることに於ては公の糾弾と何等變りはなかつた。要するに糾弾者が一は國家機關たる彈正臺であり、他は犯罪の被害者又は一般の私人たるの相違あるのみ。この意味に於て、律令の刑事訴訟は寧ろ所謂國家訴權主義 *Staatsklageprinzip* 及び所謂個人訴權主義 *Popularklageprinzip* を併用せるものと見ることが出来る。

- 二 凡臺奏彈事者。不經太政官而直奏聞。(延喜式、卷四十一、彈正臺、一〇五八)

頁)

- 三 六位以下。並糾移所司推判。(令義解、卷七、公式令、奏彈式、二一九頁)
- 四 凡彈正不得彈太政大臣、太政大臣得彈彈正。其左右大臣與彈正。若有非違者。各得互彈。(延喜式、卷四十一、彈正臺、一〇五八頁)
- 五 又去弘仁十一年十二月十一日宣旨稱。檢非違使所掌之事。與彈正同。臨時宣旨亦糾彈之者。(類聚三代格、卷二十、斷罪贖銅事、天長九年七月九日太政官符所收、一〇五一頁)
- 六 檢非違使の設置は嵯峨天皇の弘仁年間(810—825)と云はれてゐる。谷森饒男氏「檢非違使ヲ中心トシタル平安時代ノ警察狀態」一三——二〇頁。
- 七 檢非違使式云。使之所掌。准彈正彈事。并依臨時宣旨行之。(政事要略、卷六十一、五一八頁)
- 八 凡新有立制宜旨者。告示檢非違使。(延喜式、卷四十一、彈正臺、一〇六一頁)
- 九 仰檢非違使。自來月一日。可制止火色之由。但以紅衣大一斤爲染絹一疋之色。給本樣。又仰彈正臺。(日本紀略、後篇一、延喜十八年三月十九日壬辰條、二二頁)
政事要略、卷六十七、糾彈雜事七、男女衣服并資用雜物、五三九——五七〇頁。
- 一〇 法學博士牧侏二氏「日本法制史論」(朝廷法時代)五九五頁。

第二 司法警察制度

(I) 衛門府の司法警察權

司法警察權は犯罪鎮壓のために、犯人を捜査逮捕するの權限である。令の官制に於ては、京都を管轄する司法警察權を有するものは、主として衛門府であり、衛門府の官吏は近衛兵、皇宮警察官として宮城諸門の警備に當る外に、出でては司法警察官として京都市中を巡檢し、各種犯罪の犯人の捜査逮捕にも従事した(一)。衛門府の外に衛士府、兵衛府も亦時として此の司法警察に携つた(二)。是等の各府を總稱して衛府と云ひ、その官吏は何れも帶劍の武官であつたから、犯人逮捕の實力を有してゐた。而して

衛府の逮捕せる犯人は、之を斷罪すべき刑部省或は京職に移送引致すべきであるが、その何れに移送すべきかは犯人の有する本籍により異なり、若し犯人が京都に本籍を有する者なる時は之を京職に、諸國に本籍を有する者なる時は之を刑部省に、それぞれ區別して移送すべきことは、獄令の規定する所であつた(三)。

(II) 檢非違使の司法警察權

檢非違使は衛門府の官吏が特に檢非違使宣旨を蒙つて補せらる職であるから(四)、檢非違使自身が本來その名の示すが如く、非違を檢察することを職掌とせる以上、この犯人の捜査及び逮捕に従事すべきは當然であるが、承和六年(839)六月の勅によれば、彈正臺の糾彈すべき犯人の逃走せる時は、檢非違使をして逮捕せしむることを永例となすべき旨を規定せられてゐる(五)。これ即ち檢非違使の司法警察權を認めたる明白なる證左であるが、この勅により始めて檢非違使に司法警察權が附與せられたるや否やは明かでない。併し之によつて檢非違使が彈正臺の糾彈すべき犯人の逃走せる場合、之を逮捕すべき唯一の司法警察機關となり、他の官司の司法警察權行使を排斥するに至つたことは、檢非違使が彈正臺の權限を漸次蠶食するに至る原因と見られよう。

(III) 檢非違使の糾彈權及び司法警察權の併有

彈正臺は糾彈の官であるから、糾彈權を有するのみであり、被糾彈者の逮捕權は之を有しない。従つて彈正臺の糾彈すべき相手方が其の召喚に應ぜず(六)、或は逃走せる場合には、衛府の官吏や或は逃走せる方面の地域の兵士をして逮捕せしむるのであるが(七)、檢非違使に於ても、若し其の被糾彈者が召喚に應ぜず、或は逃走せる場合には、彈正臺に准じて犯人の逮捕を他に委任すべきか。之に關する規定は、承和六年(839)六月六日の勅が之を明かにしてゐる(八)。即ち次の如くである。

勅、彈正臺及び檢非違使ハ、配置各々異ナルト雖モ、而モ違犯ヲ糾彈

スルハ彼此ニ同ジ。但シ犯人逃走シ、姦盜隱遁スルニ至リテハ、彈正ノ職ハ追捕ニ堪エズ。今ヨリ以後ハ、違犯ヲ糺スニ緣リ、追捕スベキ者有ラバ、臺使相通ジ、檢非違長ヲ遣シ、事ニ隨ヒ追捕セシム。立テテ永例ト爲サン。

之によれば、彈正臺、檢非違使共に、その糺彈すべき犯人が逃走隱遁せる場合には、凡て檢非違使をして逮捕せしむることとしたのであるから、犯人の逮捕手續は簡易化されるに至つた。而して此の勅の要旨は、彈正臺式に「凡ソ犯人逃走セバ、檢非違使ヲシテ追捕セシム。」と規定せられた(九)。

斯くの如く、既に弘仁十一年(820)十二月の宣旨に於て糺彈權を認められたる檢非違使が(一〇)、更に承和六年(839)六月の勅により、被糺彈者の逮捕權をも併有するに至つたことは、從來の檢察制度に見るが如き、彈正臺まづ糺彈して後に、之を他官司をして逮捕せしむるが如き二重の手續を廢止し、檢非違使は犯罪ありと思料する時は、自ら糺彈權及び司法警察權を行使することにより、自ら犯人を糺彈し且つ之を逮捕し得ることとなり、犯人檢舉の實を擧ぐる事が著しく效果的となるに至つた。

(IV) 檢非違使の檢察權行使區域

檢非違使の有する檢察權(糺彈權及び司法警察權)の行使區域に就ては、最初は宣旨によつて京都市中に局限せられてゐたが(一一)、清和天皇の貞觀十六年(874)以後は、山崎、與渡、大井、津頭等の京都近傍の地をも其の區域とするに至つたことは次の如くである。

最初、京都市中の非違檢察を果敢に行つた檢非違使の威力は、遂に奸猾の輩をして檢非違使の檢察權の及ばざる京都近傍の地に逃避するの餘儀なきに至らしめた。この地方は檢非違使の檢察權の行使區域外なるを以て、檢非違使は目前に彼等の非行を知り乍らも、管轄外なるの故を以て何等施す術もなく、たゞ拱手扼腕して空しく傍觀せざるを得なかつた。この不満に對する檢非違使の對策は、遂に貞觀十六年(874)十二月廿六日の檢非違使

起請となつて具體化せられ、檢非違使は京都近傍の地たる大井、與渡、山崎津頭等の地域へも檢察權の行使を許されんことを奏請するに至つた。その起請は次の如くである (一ニ)。

檢非違使起請

マサニ近京ノ地ノ非違ヲ糾彈スベキ事

謹ミデ案ズルニ、使等舊宣旨ニ依リ、京中ノ非違ヲ准檢セリ。是レニ由ツテ奸猾ノ輩ハ城邊ノ地ヲ好ミ、使等ノ檢察ヲ避クルモ、亦類ニ觸レ、マサニ彈ズベキノ事、多ク山崎與渡大井津頭ニ在リ。使等事ニ即キテ那邊ヲ經過スルニ、目ニ見ル所有レドモ、口ニ言フ能ハズ。望請スラク。津頭及ビ近京ノ地ニ非法在リテ、使等ノ看著スル所有ラバ、即チ便チ糾彈セン。

而して此の檢非違使起請が勅裁を得たるや否やは明かでないが、この趣旨は翌貞觀十七年 (875) 撰進の檢非違使式にも「近京ノ地及ビ山崎與度大井等津頭ハ使等非違ヲ糾察スルモノナリ」と規定せられ (一三)、又、宇多天皇の寛平六年 (894) 十一月には、宣旨を下して、檢非違使をして毎旬、大井、淀、山崎、大津等の地域に發生する非違を巡察せしめられてゐるから (一四)、この檢非違使起請は容認せられたるものであらう。

(V) 檢非違使の犯人捜査及び逮捕の方法

檢非違使の犯人捜査及び逮捕の方法は、犯人が京都に在る場合と地方に在る場合とにより異なる。

先づ犯人が京都に在る場合に於て、若し犯人の潜伏場所が明瞭なる時は、檢非違使自ら部下を率ゐて其の場所を包圍し (一五)、若し他人の家に隠れたる場合には家宅捜査をなす (一六)。又犯人の所在不明なる時は、檢非違使その他の司法警察官 (衛府官吏) は京中を巡察して犯人の發見に努める (一七)。而して王朝時代の京都が盜賊の本場であり、盜賊の生活の本據であつたことは、攝津國から「盜セムガ爲ニ京ニ上ケル男」があり (一八)、

大太郎と云ふ「いみじきぬす人の大將軍」が「京へのぼりて物とりぬべき所あらば入てもものとりん」とせる位であつたから（一九）、個々の犯罪發生後、遂一これが逮捕に従ふの煩を避くる目的で、時として京都市中に非常警戒の陣を布き、諸國より京都へ通ずる交通の要路を押へ、京中の隅々まで探索して舉動不審の者を捜査逮捕し、犯罪の發生を未然に防止せんとする大索（ぬすびとあさり、おほあなぐり、おほあさり、）が行はれるに至つた（二〇）。併し、これも後には朝廷の臨時の行事の一として、殆ど形式的にのみ行はれる様になり、徒らに先例を墨守するのみで、大索本來の目的は遂げられざるに至つた。

次に地方に於ける犯人の捜査逮捕には、その地方に於て罪を犯せる犯人の捜査逮捕の場合、京都に於て罪を犯せる犯人が地方へ逃走せるによつて之を捜査逮捕する場合とがある。この犯人捜査及び逮捕の責は、本來は當該地方行政官たる國司が之を負ふべきであり（二一）、地方に發生せる犯罪の捜査、犯人の逮捕のためには、諸國に國郡檢非違使も置かれてあつたが（二二）、特に京都近傍の地方に發生せる犯罪の捜査、犯人の逮捕及び京都に於て罪を犯せる犯人が地方へ逃走せる場合には、京都より檢非違使を派遣して、犯人の逮捕に當らしめることもあつた（二三）。併し交通通信の不便なりし當時、犯人檢舉の實績を挙げ得ることは困難であつた様である（二四）。蓋し犯人の逮捕が當然職務上の行爲でありながら、犯人を逮捕せる檢非違使が莫大なる恩賞に與かるが如きは（二五）、如何に當時、犯人の逮捕が困難なりしかを裏書するものである。

一 この實例は下記の條々に見えてゐる。

續日本後紀、卷七、承和五年二月庚子條、七四頁。

續日本後紀、卷九、承和七年二月己未條、九八頁。

續日本後紀、卷九、承和七年三月壬午條、九九頁。

續日本後紀、卷二十、嘉祥三年正月壬子條、二三五頁。

文德實錄、卷九、天安文年三月癸丑條、同乙卯條、九六頁。

文德實錄、卷十、天安二年二月乙酉條、一一一頁。

- 二 分遣六衛府。搜捕京中盜竊。(續日本後紀、卷九、承和七年二月六日壬午條、九九頁)
- 三 其衛府糾捉罪人。非貫屬京者。皆送刑部省。(令義解、卷十、獄令、二八五頁) 依獄令。衛府糾捉罪人。非貫屬京者。皆送刑部。即明貫屬京者。送於京職。(令義解、卷七、公式令、二二〇頁)
- 四 檢非違使。天長年中。准唐朝置使廳。(中略)但別當以下。爲宣下職。爲衛府之人補之。(中略)佐二人。爲左右衛門權佐者。蒙使宣旨。(中略)志。明法道輩六位時任衛門志。即蒙使宣旨也。(職原鈔、下、群書類從、第四輯、六四三頁以下)
- 五 續日本後紀、卷八、承和六年六月六日乙卯條、八八頁。
尙この詳細は本稿四六頁、註八、參照。
- 六 凡有非違人。召其本司及管省而彈之。(延喜式、卷四十一、彈正臺、一〇六八頁)
- 七 凡犯重應捕而拒捍者。發當處兵捕之。(延喜式、卷四十一、彈正臺、一〇七〇頁)
- 八 勅。彈正臺及檢非違使。雖配置各異。而糾彈違犯。彼此一同。但至犯人逃走。姦盜隱遁。彈正之職。不堪追捕。自今以後。緣糾違犯。有可追捕者。臺使相通。檢非違長等。隨事追捕。立爲永例。(續日本後紀、卷八、承和六年六月六日乙卯條、八八頁)
- 九 凡犯人逃走。令檢非違使追捕。(延喜式、卷四十一、彈正臺、一〇七〇頁)
- 一〇 又去弘仁十一年十二月十一日宣旨稱。檢非違使所掌之事。與彈正同。臨時宣旨亦糾彈之者。(類聚三代格、卷二十、斷罪贖銅事、天長九年七月九日太政官符所收、一〇五一頁)
- 一一 謹案。使等依舊宣旨。准檢京中之非違云々。(三代實錄、卷二十六、貞觀十六年十二月廿六日檢非違使起請、三五五頁)
- 一二 檢非違使起請。應糾彈近京之地非違事。謹案。使等依舊宣旨。准檢京中之非違。由是。奸猾之輩。好城邊之地。避使等檢察。亦觸類應彈之事。多在山崎

與渡大井津頭。使等即事。經過那邊。目有所見、口不能言。望請。津頭及近京之地在非法。使等有看肴。即便糾彈。(三代實錄、卷二十六、貞觀十六年十二月廿六日庚辰條、三五五頁)

一三 使式云。近京之地及山崎與度大井等津頭。使等糾察非違者。(政事要略、卷六十一、五三一頁)

一四 右大臣宣。奉勅。檢非違使。每旬巡察大井與度山崎大津等非違者。(政事要略、卷六十一、五三一頁)

一五 今昔、〇〇天皇ノ御代ニ西ノ市ノ藏ニ盜人入ニケリ、盜人藏内ニ籠タル由ヲ聞テ、檢非違使共皆打衛テ捕ヘムトスルニ云々。(今昔物語集、卷廿九、西市藏人盜人語第一、九四〇頁)

群盜籠故式部大輔管根朝臣家。檢非違使并諸衛官人舍人等。終夜圍護。此明奉弓矢請降。仍捕縛下獄云々。(貞信公記、承平元年十二月十三日條、續々群書類從、第五、一七四頁)

一六 今日。左右檢非違使。自曉圍守故致仕大納言藤原扶幹卿家。是爲搜求駿河掾橘近保也。(中略) 件近保之妻與故大納言家元有因緣。近保逐便隱居彼家云々。仍所搜求也云々。(本朝世紀、第六、大慶五年六月卅日壬午條、一〇五頁)

一七 左中辨源朝臣道方傳宣。內大臣宣。奉勅。奉咒咀中宮。伊豫守佐伯朝臣公行妻。從者藤原吉道。出納不知姓春正。宜仰檢非違使慥尋在處令捕進。但捕獲之業。隨其品秩。將加勸賞者。(政事要略、卷七十、寬弘六年二月廿日宣旨、六〇四頁)

遣左右近衛。左右兵衛及檢非違使。左右馬於京南捕群盜。(文德實錄、卷九、天安元年三月十六日癸丑條、九六頁)

一八 今昔物語集、廿九、羅城門癸上層見配人盜人語第十八、九七一頁。

一九 宇治拾遺物語、卷三、五〇頁。

二〇 侍中群要、第七、京中大索事、續々群書類從、第七、四一二頁。

尙、大索の實施模様の實例は本朝世紀、天慶二年四月二十八日、同二十九日の條々に詳細が見えてゐる。

二一 下知攝津。和泉。播磨。備前。備後。安藝。周防。長門。并南海道諸國曰。

去貞觀四年五月二十日。七年六月二十八日宣告應追捕海賊之狀。而今有開賊

黨群起。掠奪無息。是則國司不勤肅清也。若不追捕。猶致殘暴。科罪牧宰。曾無任無宥。其捕獲之數。具狀言上。(三代實錄、卷十二、貞觀八年四月十一日乙酉條、一八一頁)

- 二二** 寬平六年九月十八日太政官符。應諸國檢非違使立秩限并停補無位人事。右檢案内。把笏帶劍。威儀不輕。糾察追捕。職掌惟重云々。(類聚三代格、卷五、定秩限事、五九〇頁)

貞觀三年十一月十六日丙戌。武藏國每郡。置檢非違使一人。以凶猾成黨群盜滿山也。(三代實錄、卷五、八二頁)

- 二三** 後一條天皇の萬壽二年(1025)五月、大和國へ強盜犯人逮捕のために、檢非違使一行十六名が京都より派遣せられたる時の辭令は下記の如くである。

左辨官下 大和國

應勤行檢非違使供給事

右衛門權大尉藤原顯輔 從三人火長二人

右衛門大尉平時道 從三人火長二人

左右看督長二人 從各一人

右權中納言源朝臣道方。宣 奉。爲令追捕強盜。差件等人。宛使發遣如件。

國宣承知。依宣行之。仰彼之國。依例供給。官符追下。

萬壽二年五月三日 左大史中臣朝臣

中辨源朝臣

(朝野群載、卷十一、二一七頁)

又、今昔物語集には、檢非違使左衛門尉平時道が京都の強盜犯人を捜査逮捕のために大和國へ赴く途中、右犯人を山城國柞の杜にて發見し、之を逮捕せることが見えてゐる。(今昔物語集、卷廿九、下野守爲元家入強盜語第八、九五六頁)

- 二四** 寬仁三年六月廿七夜、時の政攝藤原道長の邸宅より砂金千三百餘兩を竊取せる犯人が、同年七月廿日、播磨國より逮捕移送せられたるが如きは、犯人逮捕の比較的早い方であつた。尤も是れは被害者が攝政家であつたからこそであらう。(日本紀略、後篇十三、寬仁元年七月廿日丙辰條、二四四頁)

- 二五** 延喜四年六月十九日。右大臣奏。檢非違使等。逮捕群盜。大尉已下府生以

上給絹。看督長給布也。(西宮記、卷十七、臨時五、四一〇頁)

其後宣旨ヲ下テ、若シ此ノ盜人ヲ捕タラム者ニハ、止事無キ賞ヲ可給シトテ
云々。(今昔物語集、卷廿九、下野守爲元家、入強盜語第八、九五六頁)

第三 廳例の檢察制度の特色

前述せる所は、檢非違廳の檢察制度を糾彈及び司法警察の兩方面より考察せるものであるが、廳例の檢察制度が律令法の檢察制度に對して有する著しき特色は、先づ犯罪の發生後犯人を逮捕するに先立ち、律令法の刑事訴訟に關する規定として、通例踏むべき告言（告訴又は告發）に對する三審手續の廢止、その告言が誣告なる場合に於て、誣告者に對して適用すべき反坐法の不適用（一）、逮捕せる犯人を所轄官司に移送すべき獄令の犯人移送規定の廢止等である。

（I）告言三審制度及び誣告反坐法の不適用

告言三審制度及び誣告反坐法は（二）、律令法の刑事訴訟に於て規定せらるる檢察制度としては重要なものであるが、宇多天皇の寛平年間（889—897）の頃より前後して、檢非違使廳が犯罪摘發、犯人逮捕、刑事裁判等の實權を掌握するに至つて後は、漸く是れが適用せられなくなり、檢非違使廳に於て受理する告言（告訴又は告發）は、三審の手續を経ずして直ちに受理せられ、又その告言の誣告なりしことが判明しても、その告言人（告訴人又は告發人）を誣告の罪として、却て告言する所の罪を以て告言人を處罰する反坐法も適用せずして之を釋放せるを以て、こゝに律令法の刑事訴訟に於ける檢察制度の第一歩は崩壞するに至つた。その理由は次の如くである。

（i）誣告反坐法の不適用

檢非違使式の規定する所によれば、「盜人ハ輕重ヲ論ゼズ、刑部ニ移スヲ停メ、別當直チニ着欽シ、役所ニ配シテ驅使セシム。（中略）自餘ノ犯ハ普ク常律ニ從フ。」と見えてゐるから（三）、檢非違使廳は盜犯に限り、その罪

の輕重に別なく之を處斷することを得たが、その他の犯罪に至つては常律に従つて處分することを要した。従つて常律に従ふ以上、一旦受理せる告言も、若し夫れが誣告なる時には、當然之に誣告反坐法を適用すべきであつた。然るに一方に於ては、公式令義解に「凡ソ彈正ハ、是レ糾劾ノ職ニシテ、科斷ノ官ニ非ズ。即チ有位無位ニ限ラズ、皆須ク推拷スルヲ得ベカラザルナリ。」と見え(四)、又同時に檢非違使式によれば、「凡ソ使ノ掌ル所ハ、彈正ノ彈ズル事ニ准ジ、并ニ臨時ノ宣旨ニ依リ之ヲ行フ。」と規定せられてゐるから(五)、檢非違使の職掌は彈正臺に准ずるとなし、且つ彈正臺は糾彈の職にして犯人を審理して判決を下す科斷の官に非ず、従つて當然推拷(訊問及び拷問)を爲すの權限を有するものではないから、誣告反坐法の適用を爲し得ない。されば彈正臺に准ずる檢非違使も亦、當然に誣告反坐法の適用を爲すの權限を有せざるものと解し、こゝに於て、檢非違使廳の受理せる告言は、たとへ夫れが誣告であつても告言人を反坐することなく、直ちに之を釋放することを以て廳例とした(六)。これは檢非違使式に關する法文解釋の相違、即ち檢非違使が彈正に准ずるは糾彈に就てのみのこととなるに、更に糾彈外の反坐法の適用をも、その權限なき彈正に准ずるとの理由の下に之を適用しなかつたからであるが(七)、又その他の理由も考へられる。

即ち此の檢非違使式制定の貞觀十七年(875)以後、寛平年間(889—897)に掛けては、檢非違使廳の取扱へる囚人の數は夥しく、之を收容せる獄舎は既決未決の囚徒を以て滿たされ、爲めに判決の言渡し、刑の執行等は大いに澁滞した(八)。従つて此の上、更に誣告人を一々反坐せしめて刑の執行をなすことは、殊に誣告の濫訴の甚しかつた此の時代に於ては(九)、到底その煩に堪へ得なかつたことと思はれる。事實、檢非違使は此の誣告反坐法の不適用に對する太政官の抗議批難に對して、「掌ル所相兼ネ、執行亦多シ。」と云ひ、従つて「早く人犯ヲ糾シ、忽チ其ノ罪ヲ決センガ爲メ」には止む

を得ざる所であると抗辯した(一〇)。従つて單に私怨を報いんがための誣告の濫訴が如何に多くとも、之に一々反坐法を適用するに於ては、到底檢非違使廳の機能を十分に發揮することを得ざるのみならず、當時、治安の紊亂せる京都市中を取締るためには、時宜を得たる處置を施すべきであり、徒らに法條を墨守し、之に抱泥すべきではなかつたのであらう。この反坐法の不適用は、結局、檢非違使廳をして京人怨差の的たらしめ、誣を招くの府と化せしめたるものであり、太政官に於ても、寛平七年(895)十二月二十二日及び延長七年(929)九月十九日の兩度に亙り、官符を以て反坐法の勵行を督促せるも、檢非違使廳の反坐法不適用の方針は更に改むる所がなかつた(一一)。

(ii) 告言三審制度の廢止

延長七年(929)九月十九日、檢非違使に與へたる太政官符は、誣告の濫訴を絶たんがためには、反坐法適用を勵行すべきに拘らず、常に此の法の行はれざることを難じてゐる(一二)。且つ此の太政官符によれば、檢非違使廳は反坐法を適用せざるのみならず、更に告言に對する三審をも行はざるに至つたことをも難じてゐる。獄令の規定に従へば、告言が三審を経ずして受理し得る場合は、謀叛(内亂及び外患に關する罪)以上の國家非常の犯罪と、切害と稱する殺人、強竊二盜、犯人の奪取及び逃亡、現行犯、事急を要する事件等に限られた(一三)。然るに檢非違使廳に於て受理する告言は、それが必ずしも急速を要せざる事件であつても、之を切害の名目の下に受理し、三審の手續を経ざることを以て廳例とした(一四)。これは畢竟するに、三善清行が意見封事中にも述ぶるが如く、三審制度の採用は犯人の逮捕を遅延せしむるものであり(一五)、三審手續の進行中に犯人を知つて逃亡するに於ては、更に移牒の手續を経て、犯人逃亡地の所轄官司に逮捕方の依頼をなすことを要したから(一六)、犯人の搜查逮捕は益々困難となるざるを得なかつた。檢非違使廳が三審制度を採用せざるに至つた

理由も、概ね此處に在つたと考へられる。

(II) 犯人移送規定の不適用

獄令の規定する犯人移送の手續によれば、司法警察官たる衛府官人の逮捕せる犯人は、その犯人の本籍如何によつて、之を移送すべき所轄官司を異にした。即ち犯人の本籍が京都なる時は之を京職に、又犯人の本籍が京都以外の諸國に在る時は之を刑部省へと移送した(一七)。従つて衛府に本官を有する檢非違使を以て構成せる檢非違使廳に於ても、檢非違使の逮捕せる犯人は別段の規定なき以上、この獄令の犯人移送の規定を准用すべきであり、彈正臺の糾彈すべき犯人も、公式令義解によれば、これが逮捕の上は獄令の犯人移送規定を准用すべきであつた(一八)。然るに彈正臺の慣例たる彈例によれば、彈官人及び雑色人は犯狀を詳細に記録して刑部省に移送して斷罪せしめ、且つ犯人の本籍如何は之を明白にせざることになつてゐた。而して此の犯人の本籍を明白にせず、總ての犯人は刑部省に移送するの彈例は、仁明天皇の嘉祥二年(849)十二月十六日の太政官符を以て、格として認められたが、たゞ犯人の本籍は之を明白にすべきものとされた(一九)。

然るに檢非違使式によれば、檢非違使は彈正に准ずるが故に、この彈正臺の犯人移送の慣例は、これ亦檢非違使の採用する所となり(二〇)、檢非違使廳の適用せる犯人移送の廳例は、獄令の衛府の犯人移送の規定と異なるに至つた。即ち檢非違使も亦その逮捕せる犯人は本籍の如何を問はず、總て之を刑部省に移送して斷罪せしむることとなつたが、移送すべき犯人は檢非違使廳の有する裁判管轄によつて制限せられ、強盜、竊盜、私鑄錢の犯人の如きは必ずしも之を刑部省に移送せず、檢非違使廳に於て斷罪し(但し貞觀以後)(二一)、その他の犯罪人と雖も、徒刑以上の重犯に限つて、之を刑部省に移送することとなつた(二二)。尙詳細は次章に譲る。

- 一 三審の手續は裁判開始前に行はれ、反坐法は裁判終了後、告言(告發)の事實が誣告なることの始めて判明するによりて適用せらるゝものである。併し三

審制度と反坐法とは不即不離の關係に在つて、誣告者には反坐法の適用あることの豫告は、既に三審の手續進行中に告言受理の官司より告言者に言渡されるのであるから、三審制度の廢止は當然に反坐法の廢止となるべきである。従つて、便宜上、この反坐法に關する事項をも、檢察制度の中に採り入れることとした。

二 告言三審制度竝に誣告反坐法に就て説明すれば、次の如くである。

律令法の刑事訴訟は原則として糾彈主義を採用した。(この糾彈主義は所謂彈劾手續 *akkusatorisches Verfahren* に類似する) 即ち犯罪の摘發、犯人の逮捕には、必ず先づ加害者又は犯罪者に對する糾彈權を有する者の糾彈(彈劾)あることを要した。即ち官吏の害政、一般社會の犯罪の糾彈には彈正臺が糾彈する公の糾彈と、私人が糾彈する私の糾彈とがあつた。公の糾彈たる彈正臺の糾彈ある時は、その犯人は衛府の官吏をして直ちに檢舉逮捕せしめたが、後には衛府の實力が低下して、仁明天皇の承和六年(839)六月以降は、専ら檢非違使に其の司法警察權が移つた。次に私の糾彈は、不法の侵害を蒙れる被害者又は犯罪の發生を探知せる一般公衆(第三者)が糾彈權を有し、犯罪發生地に對して土地管轄權を有する官司に、口頭又は書面を以て上申する。之を告言と稱し、糾彈者即ち告訴者、告發者を告言人と云ふ。告言をなし得る犯罪は、告言人自ら被害者たる場合に蒙れる不法の侵害たると、第三者(一般公衆)が目撃探知せる犯罪たるとを問はない。告言を受理せる所轄官司は、強盜、竊盜、殺人等に關する現行犯、國家の安寧に關する犯罪たる謀叛に至らざる其の他の普通の犯罪に關する限り、凡て三審なる手續を踏まなければ、犯人の逮捕に着手することが出来なかつた。

告言を受理せる所轄官司は、日を異にして三回、告言人を召喚し、その告言する所の事實が若し誣告なる時は、告言人自身その告言する犯罪に適用せらるゝ刑罰を科せらるゝ旨、即ち誣告者は之を反坐せしむることを告げる。但し三審の手續進行中に、告言の事實の誣告なることを自供すれば、反坐の刑を免れる。而も尙その告言の事實を主張するに於ては、始めて其の告言を受理し、同時に被告言人即ち被疑者の逮捕に着手する。而して被告言人が既に告言あることを知つて他國に逃亡せる場合には、告言受理の所轄官司より被

疑者の逃亡せしと思はるゝ方面の所轄官司に移牒して逮捕せしめる。かくて逮捕せる被疑者は之を告言受理の官司に於て拘置し、同時に告言人も亦拘置される。蓋し原被兩造（原告、被告）を共に訊問審理し、且つ告言が誣告なる時、この告言人に反坐法の適用を行はんがためである。而して被疑者が告言人の告言の事實を是認する場合、或は傍證により告言の事實が確認された場合には、こゝに被疑者が眞人犯と決定し、こゝに於て告言人の告言に對する責任も解除されて釋放せられる。若し被疑者が告言人の告言の事實を否認する場合には、前後三回に亘る拷問を行ふ。拷問の結果、尙罪を自供せざる時には、それが事情疑しき場合、衆證により罪を決し難き場合には、保證をとつて釋放せしむるか、或は之を疑罪として贖金（罰金）を徴収して釋放する。又別に被告言人の檢舉し、同時に拘置せる告言人を更に訊問して之に拷問を加へ（三代實錄、卷十三、貞觀八年八月三日條以後、應天門放火事件）、再度告言の實否を訊すこともある。之を反拷と云ひ、この反拷により告言人が告言の事實の虚偽なることを漸く陳述するか、或は被告言人の擧げたる反證により、告言の誣告なることが判明するに於ては、即ち告言人に對する誣告罪が成立し、反坐法により處斷せられる。

かくの如き告言の制度は、警察制度の發達せざる當時にあつては、犯罪の摘發に與かる所が少くなかつたであらうが、律令法の世界より云へば、犯罪あれば、之を告言することが、國民の有する權利であり、又同時に國民に科せられたる義務でもあつた。従つて、それだけに告言を受理すべき手續も慎重であり、又不實を告言する者に對する刑罰も嚴重であり、三審制度、誣告反坐法の存在は全く此のために由るに外ならなかつた。

次に掲ぐる三審の例は（政事要略、卷八十四、六八六頁）、佐渡國の百姓等が國守の利權獲得に汲々たることを憤慨して、之を太政官に上申せるものである。各審毎に列記せる二名の姓名は、恐らく告言を受理して其の審理に當れる係官であらう。

佐渡國三郡百姓等謹解。申請官裁患狀事。

合若干條

守嗣根爲求餘利。捨舊館。而更造新館之狀。

右云々。仍謹請 官裁。

一 守嗣根獨貪海濱山澤之利之狀

右云々。仍謹請 官裁。

以文云々。謹請 官裁。謹解。

承和元年十一月五日

承和二年五月廿九日一審

右少辨藤原朝臣當道 左少史坂本臣鷹野

同年六月二日二審

右少辨藤原朝臣當道 左少史坂本臣鷹野

同年六月四日三審

判右中辨藤原副宗 右少志坂本臣鷹野

三 又條云。盜人不論輕重。停移刑部。別當直着欽。配役所令誑使。如官當收贖。各依本法。自餘犯並從常律。(政事要略、卷八十四、延長七年九月十九日太政官符所收、寬平七年十二月廿二日太政符、六八九頁)

四 凡彈正。是糾彈之職。非科斷之官。卽不限有位無位。皆不須得推拷也。(令義解、卷七、公式令、奏彈式、二一九頁)

五 檢非違使式云。使之所掌。准彈正彈事。并依臨時宣旨行之。(政事要略、卷六十一、五一八頁)

六 按此等文。使等所掌。非常准彈正之事。兼行追禁推拷之法。然則至准彈正。須自見及風聞。卽糾彈其犯。但不可禁拷反坐。於從常律。當禁拷反坐。不可習臺事。因斯言之。(中略)而今或使等論云。既云准彈正彈事者。爰知不可反坐誣告之人。凡年所行。亦復如之者。方今嫌惡之輩。爲報私怨。僞誣他犯告使所。隨卽追禁犯人。推鞠之間。久苦禁獄。遂不承伏之日。僅反問告人。于時所告之事。是既虛也。須依法反坐。而偏稱准彈正事。直從放免。無更反坐。(政事要略、卷八十四、延長七年九月十九日太政官符所收、寬平七年十二月廿二日太政官符、六八九頁)

七 檢非違使式に對する檢非違使の法文解釋の相違に就ては、政事要略、卷六十

一、「勘申檢非違使固執不承辨史傳宣叶理哉否之由事」(五三一頁) 參照。

- 八 別當中納言兼左衛門督從三位源朝臣光宣稱。近者囚徒滿獄。科決猶遲。或所犯是輕。禁囚日久。或本罪既重。待斷終身。獄官之道。理不可然。因之去年十月五日。須定左右檢非違廳每日行政之狀已了。而猶遲緩不肯行之。自今以後。宜依示件行其政。不可隔日。又須行事條目錄每日申之者。

寬平七年二月廿一日 民部權大輔兼右近衛少將在原弘景 奉
(政事要略、卷六十一、五二六頁)

- 九 法學博士牧健二氏「日本法制史論」(朝廷法時代) 六〇一頁、六一〇頁。

- 一〇 所掌相兼。執行亦多。是則爲早糺入犯忽決其罪也。(政事要略、卷八十四、延長七年九月十九日太政官符所收、寬平七年十二月廿二日太政官符、六八九頁)

- 一一 延長七年九月十九日太政官符、檢非違使應依法反坐誣告人。(政事要略、卷八十四、六八八——六九一頁)

- 一二 今檢案内。年來誣告依舊濫訴猶多。非行反坐。何絕虛妄。而件官符被下之後。未有遵行。(政事要略、卷八十四、延長七年七月十九日太政官符、六九〇頁)

- 一三 凡告言人罪。非謀叛以上者。令三審。應受辭牒官司。並具曉示虛得反坐之狀。每審皆別日。受辭官人。於審署記。審訖然後推斷。若事有切害者。不在此例。(切害。謂殺人。賊盜。逃亡。若強奸良人。及有急速之類。)其前人令禁。告人亦禁。辨定放之。(令義解、卷十、獄令、二九五頁)

- 一四 所謂告切害之輩。非必急速。或名是切害。非登時事。或雖犯急速。聽經年月。而偏依切害之名。不行三審之法。事不穩便。亦乖令條。(政事要略、卷八十四、延長七年九月十五日太政官符、六九〇頁)

- 一五 (前略)而今訴人告狀。歷三審之程。得奏下之比。擇定使人之間。裝束行程之限。事自彌留。度歷年紀。其間若有盜犯者。豈遑遺一粒乎。(意見十二ヶ條一請停止依諸國少史、并百姓告言訴訟、差遣朝使事、群書類從、第十七輯、一二四頁)

- 一六 凡有盜賊。及傷殺者。即告隨近官司坊里。聞告之處。率隨近之兵及夫。從發處。尋蹤登共追捕。若轉入此界。須共比界追捕云々。(令義解、卷九、捕亡

令、二七九頁)

一七 其衛府糾犯罪人。非貫屬京者。皆送刑部省。(令義解、卷十、獄令、二八五頁)

一八 依獄令。衛府糾犯罪人。非貫屬京者。皆送刑部。即明貫屬京者。送於京職。其彈正糾移罪人。亦須准此云々。(令義解、卷七、公式令、二二〇頁)

一九 今案之。犯罪人。須依彼本貫。京人送京職。外國人送刑部省。而彈正臺所移送犯人。不明其貫屬。固稱有臺式。彼此執論。(中略)。今案彈例云。彈官人及雜色人者。具錄犯狀。移刑部省。令斷罪者。右大臣宜。京人之罪。依法移京職可令斷。然而彈正臺元來移刑部省。行來年久。何輒改張。仍須仰下彼省據舊令斷者。自今此後。記貫屬移之。(政事要略、卷八十一、嘉祥二年十二月十六日、六三一頁)

二〇 文學博士三浦周行「續法制史の研究」五五九頁。

二一 盜人不論輕重。停移刑部省。別當直着欽。配役所。駢策者。(政事要略、卷六十一、五三三頁)

私錢之輩。停送鑄錢司者。着欽與盜人同。令沒入資財田宅。(西宮記、卷二十三、臨時十、五七二頁)

二二 強盜竊盜之外。流罪徒罪之輩。檢非違使所任意不可決斷。問定之後。可進勘奏。(西宮記、卷二十三、臨時十一、六一一頁)

第三章 廳例の裁判制度

廳例の裁判制度とは、之を檢非違使廳の事務たる廳務より云へば、檢非違使の權限に屬する裁判事務に關する制度であり、之を檢非違使廳の權限行使たる廳政より云へば、檢非違使の行使する裁判權に關する制度である。

第 一 總 說

(1) 律令法の裁判所と審級

律令の刑事裁判に於ては、判決することを罪を斷する、即ち斷罪と云ひ、判決文を斷文、判文等と云つた。而して律令の裁判制度に於ては、覆審上訴の制度が發達してゐたが、殊に刑事裁判に就ては、各審級の裁判所は斷と決配とによつて管轄を異にし、特殊の裁判の審級制度を構成した。こゝに斷とは法を適用して罪を斷定することであり、決配とは刑罰を執行することである。而して裁判所が決配權を有すれば斷罪は確定判決となるが、決配權を有せざる裁判所の斷罪は豫審の決定の如き效果を有するに止まり、斷罪裁判所は斷文を附して、事件を其の罪の決配權を有する上級裁判所に送付し、之を受理せる當該裁判所が更に此の事件を覆審した（一）。

例へば、地方に於ける第一審裁判所たる郡司は、凡ての犯罪に對する斷罪權を有したが、その決配權は正刑に就て云へば、僅かに笞刑に對してのみ之を有するに過ぎない。従つて郡司は當該犯罪を法條に照して、死、流徒、杖、笞の五罪中の何れを以て斷罪することも出来るが、その斷罪が決配權を有する笞罪に相當する時に限り、その斷罪は確定判決であるが、決配權を有せざる杖罪以上に相當する時は、その斷罪は豫審の決定たるの效果を生ずるに過ぎず、事件は斷文及び身柄と共に第二審裁判所たる國司へ送付される。國司は郡司より送付し來れる杖罪以上の斷罪を覆審し、杖罪

徒罪に關はるものは其の決配權を有するが故に、その刑罰たる杖刑、徒刑を執行し、流罪以上の犯罪は其の決配權を有する第三審裁判所たる太政官に送付する。

又、第二審裁判所たる國司が決配權を有する徒罪の斷罪には、必ず服辯と稱して、裁判所は被告人及び其の家族を法廷に召喚して、徒罪に服するや否やを問ふの手續を踏むことを要した。服辯を得たる徒罪の刑は、直ちに之を執行することを得たが、服辯を得ざる徒罪は、たとへ裁判所が決配權を有するとも、その刑の執行を爲し得ず、巡回裁判制度による覆囚使の覆審を要した。この覆囚使は太政官より諸國に派遣せらるゝ司法監督官であり、法律に通曉せる者を以て之に任じた。

次に中央、即ち京都に於ける第一審裁判所は在京諸司及び京職である。但し京職は郡司及び國司の裁判所の有したる裁判權を兼ねた。刑部省は在京諸司より送付せる徒罪以上の斷罪の覆審をなし、又衛府、彈正臺、勘解由使より移送せる犯人を審理して、徒罪以下は斷罪し且つ之を決配せるを以て、刑部省は一審二審を兼有せる裁判所であつた。九州では太宰府が之に相當し、九州諸國の徒罪以上の事件は國司の管轄外であつた。而して刑部省及び太宰府は流罪以上の犯罪の決配權を有せざるを以て、その決配權を有する太政官に移送した。

太政官は京職、刑部省、太宰府、國司より斷罪覆審の上、送付し來れる流罪、死罪に就て、その斷文に基いて法條適用の可否を審理し、理由有りと認むる時は之を天皇に申奏して、勅裁を以て判決を請ひ、理由盡さずと認むる時は、原審裁判所の斷罪を破棄し、地方の事案は專使を派遣し、在京の事は刑部省に命じて、更に之を覆審せしめる。従つて流罪、死罪の判決の確定は實は太政官によつて爲されるものでなく、天皇の勅斷により決定せらるゝものであつた。

(II) 檢非違使廳の裁判審級上の地位

檢非違使廳は元來が令外官なるを以て、之と令制官司にして律令法の裁判所を構成し、且つ審級別の明白なる郡司、國司、太宰府、京職、在京諸司、刑部省等の各官司と、その地位を比較することは困難であるが、檢非違使廳の事物管轄、即ち檢非違使廳の裁判上の權限に屬する刑事犯罪に就て考察すれば、概ね次の如く考へられる。

檢非違使廳の事物管轄としては、後述する如く、強盜、竊盜、私鑄錢(通貨偽造)の三犯罪事件を以て專屬管轄となし、殺人、傷害、鬪亂、賭博、強姦等の諸犯罪事件を以て非專屬管轄とする。是等の區別は何れも貞觀十二年(870)七月廿日の別當宣(二)、及び貞觀十六年(874)十二月廿六日の太政官符により定められたるものである。(三)

檢非違使廳の專屬管轄に屬する犯罪事件は、その犯罪が檢非違使廳の管轄區域内に於て發生せる限りは、之に對する斷罪權竝に決配權は、凡て檢非違使廳のみが之を有し(四)、他の令制裁判所、例へば刑部省の如きは、檢非違使廳の斷罪を覆審することを得なかつた(五)。従つて、強盜、竊盜、私鑄錢の三犯罪の裁判に關する限り、その判決は一審を以て確定し、檢非違使廳は令制裁判所とは全く別個の獨立せる特別裁判所たるの地位を有した。

檢非違使廳の非專屬管轄に屬する犯罪事件は、それが檢非違使廳の管轄區域内に於て發生せる犯罪に限り、その斷罪權を有したが、而も決配權は僅かに笞杖の二罪に對してのみ之を有するに過ぎず、徒罪以上の判決竝に決配は刑部省の管轄に屬した(六)。従つて、盜犯、私鑄錢犯以外の犯罪に就ては、檢非違使廳の裁判所としての地位は、地方に於ける郡司及び國司の第一審及び第二審の兩裁判所の中間に位するものであり、中央に於ける在京諸司と同様であつた(七)。但し令制の裁判審級に於ては、在京諸司の第一審を経たる徒罪以上の犯罪事件は、直接に、刑部省の第二審に送付せらるべきであつたが、檢非違使廳より刑部省へと送付せらるゝ手續は、直

接には行はれず、一旦、檢非違使廳の長官別當より太政官へ上申し、太政官より更に刑部省へ廻付せらるゝが如き、間接の手續を経ることを要した(八)。この意味に於て、檢非違使廳は、たとへ非專屬管轄に屬する事件を取扱ふ場合に於ても、その裁判審級上の地位は、必ずしも令制裁判所と同一ではなかつた。

(III) 檢非違使廳と刑部省との地位の比較

前述の如く、檢非違使廳の非專屬管轄に屬する犯罪事件の審理階段に就ては、刑部省は恰も檢非違使廳の上級審に位するが如くである。併し實際は檢非違使廳より太政官を経て刑部省に送付せらるゝ事件に就ては、刑部省は其の裁判の事實審理には關與せず、檢非違使廳にて斷罪せる徒罪以上の犯罪に對し、單に書面審理による覆審をなすに過ぎない。而も徒罪に關しては、その決配權は刑部省之を有するに拘らず、その刑の執行は檢非違使廳が之を行つたのであるから(九)、裁判上の實權は刑部省は檢非違使廳に比して遙かに微力なるものであつた。この事は、檢非違使廳及び刑部省に於ける裁判官の實質に就ても判然たること、次の如くである。

宇多天皇の寛平八年(896)九月、刑部省に於て、裁判官たる大判事以下判事の大減員が斷行せられたるが如きは(一〇)、全く刑部省の機能の低下を示すものであり、醍醐天皇の延喜十四年(914)、三善清行の意見封事によれば、刑部省の判事六名中、明法道出身の法律専門家は僅かに一名に過ぎざることを指摘してゐる(一一)。然るに檢非違使廳に於ては、檢非違使尉及び同志に多くの明法道出身の法律家を採用してゐた(一二)。

斯くの如き實質上の相違は、永く檢非違使廳をして、形式的にも刑部省の下位に立たしむるものではなかつた。即ち延喜年間(901—922)以後の檢非違使廳は、その非專屬管轄に屬する犯罪事件に就ても、一切の斷罪權並に決配權を獲得し、従前の如く、徒罪以上の斷罪は太政官を経て刑部省をして決配せしむるが如き手續は廢止され、非專屬管轄に屬する犯罪事件と

雖も、專屬管轄に屬する夫れと同様に、檢非違使廳の下す斷罪は即ち確定せる判決となり、之に基いて檢非違使廳の有する決配權が行使せらるゝに至つた（一三）。従つて刑部省の實權は全く喪失し、少くとも管轄内の犯罪に關する限り、檢非違使廳が最も有力なる獨立の裁判所となるに至つた。

（IV）廳例の裁判所構成

檢非違使廳に於ける裁判所は、裁判權を有する檢非違使により構成される。檢非違使の職制によれば、檢非違使廳の長官たる檢非違使別當の外、佐、尉、志、府生等の階級の職員があり、是等四員を以て裁判所が構成せらるべきであつた。

然るに貞觀十七年（875）撰進の檢非違使式によれば、檢非違使の佐若しくは尉一人なき場合と雖も、尙裁判所を構成することを得た（一四）。その後、宇多天皇の寛平七年（899）二月二十一日の別當宣によれば、五位以上の者（佐）、尉、志、府生の地位を有する者を合せて四員を以て、左右二組の裁判所を構成すべきものとされ、いづれか一方に所定の員數を缺く時は、他より人員を配して、ともかくも、此の四員を以て審理を行ふことを要した（一五）。而して此の審理の結果の斷罪は、必ずしも長官たる檢非違使別當の決裁を要せず、次官たる佐が專行することを得た（一六）。

一 法學博士牧健二氏「日本法制史概論」一二六頁。

二 貞觀十二年七月廿日。別當宣稱。聽訴之官。各有其職。獨爲愆行。事多擁滯。自今以後。自非強竊二盜及殺害鬪亂博強奸等外。一切不可執行者。（政事要略卷六十一、五二六頁）

三 太政官符

應歿私鑄錢者田宅資財事

右。檢非違使起請。謹案法條。無可沒入私鑄錢者財物。而使等或必歿其舍宅資財。雖非法意。行來成例。望請。編之朝章。嚴遏其奸者。右大臣宣。奉勅。依請。

貞觀十六年十二月廿六日

(類聚三代格、卷十四、錢鑄事、八〔三頁])

- 四 盜人不論輕重。停移刑部省。別當直着欵。配役所。驅策者。(政事要略、卷六十一、五三三頁)

私錢之輩。停送鑄錢司者。着欵與盜人同。令沒入資財田宅。(西宮記、卷二十三、臨時十、五七二頁)

- 五 長德二年十一月十六日。別當宣稱。依盜竊之犯。入徒役之輩。貞觀以往。移刑部省、任法斷定。乃是先。定罪名。次及決配者也。爰貞觀以後。別當直着欵。配役所。須條犯狀同存恒規云々。(西宮記、卷二十三、臨時十一、五八二頁)

- 六 強盜竊盜之外。流罪徒罪之輩。檢非違使所任意不可決斷。問定之後。可進勘奏。(西宮記、卷二十三、臨時十一、六〔一頁])

是以所當之罪。若爲笞杖者。須立決放。又若及徒流死者。勘奏之後。徒罪以下。於使所可決。流罪以上。可送刑部省者也。(法曹至要抄、卷上、罪科條、鬪亂鬪殺事、二五八頁)

- 七 凡犯罪。答罪郡決之。杖罪以上。郡斷定送國。覆審訖。徒杖罪。及流應決杖。若應贖者。卽決配徵贖。(令義解、卷十、獄令、二八五頁)
- 在京諸司人。京及諸國人。在京諸司事發者。犯徒以上。送刑部者。杖罪以下。當司決。(同前)

- 八 強盜竊盜之外。流罪徒罪之輩。檢非違使所任意不可決斷。問定之役。可進勘奏。(西宮記、卷二十三、臨時十一、六〔一頁])

- 九 是以所當之罪。若爲笞杖者。須立決放。又若及徒流死者。勘奏之後。徒罪以下。於使所可決。流罪以上。可送刑部省也。(法曹至要抄、卷上、罪科條、鬪亂鬪殺事、二五八頁)

- 一〇 類聚三代格、卷四、應置諸司事、寬平八年九月七日太政官符、應併置諸司評省官員事、四九七頁。

一一 一請依舊增置判事員事

右臣伏案職員令。大判事二人。中判事二人。少判事二人。皆掌決斷入罪也。然而近古以來。大判事一員。常用律學之人。其外五人。未必任明法之輩焉。故去寬平四年有詔。省件大判事一人。中判事二人。小判事一人。唯置大少判事各一人。然猶大判事獨用法家。小判事亦非其人云々。(本朝文粹二、意見十

二箇條、國書刊行會本、三二頁)

- 一二 召大臣於御前。定補別當一人。竝佐二人。尉四人。志四人。府生四人。但隨闕補之。其佐右多少亦以不定。具見補任諸所職事之例。(新儀式、五、臨時、群書類從、第五輯、六七頁)

康保元年十月七日云々。仰云。檢非違使員數。在。尉。志。府生之間。加減有前例。近則寛平七年。左右合佐四人。尉四人。府生二人。天慶三年。左右佐二人。尉五人。志三人。府生四人。同九年。左右佐二人。尉五人。志二人。府生四人云々。(西宮記、臨時一裏書、三三一頁)

尉。稱之判官。左右大尉(各二人)。左右少尉。近代員數不定。明法道儒必任之。上古其流不一。中古以來。坂上中原兩家。爲法家必任之。於少尉者。追捕之輩各任之。至大尉者。多分明法道所任也。(職原鈔、下、群書類從、第四輯、六四四頁)

- 一三 強盜竊盜之外。洸罪徒罪之輩。檢非違使廳任意不可決斷。問定之後。可進勘奏。(西宮記、卷二十三、臨時十一裏書、六一一頁)

放闘謀三ヶ犯元死罪也。雖須送刑部省令決斷。延喜以降。絕而不行。(中略)死罪者。非使廳之所掌。仍別當大理。須每度奏聞也。而近代絕無勘奏。(式目抄、續史籍集覽、第二集一、一八頁)

- 一四 檢非違使式云。推事不論左右。雖無佐若尉一人。猶得行事。(政事要略、卷六十一、五二八頁)

- 一五 別當中納言兼左衛門督徒三位源朝臣光宣。奉勅。囚禁之事。待斷之間。身命難存。是則使等不相具之所致也。自今以後。五位及尉志府生竝四員在者。宜行其政。不可具官。須左右相交者。

寛平七年二月廿一日 民部督大輔兼左近衛少將在原弘景奉

(政事要略、卷六十一、五二八頁)

- 一六 但尋常之政。佐以下官不申別當。任例勤行。所謂斷罪之色。不必經長官之故也。然猶同判如律者。臨拷訊之時。似可申別當也。然而廳例不申別當。佐以下行來尙矣。(政事要略、卷六十一、五二〇頁)

第 二 檢非違使廳の管轄

檢非違使廳の刑事々件に關する管轄は、廳例により、之を刑事々件の内容たる犯罪の種類を標準としたる事物管轄と、犯罪と土地區域との關係を標準としたる土地管轄とに分つことを得る。

(I)事物管轄

檢非違使廳の事物管轄とは、犯罪の種類を標準として、檢非違使廳が第一審裁判所として有する裁判所の權限である。之を分つて專屬管轄及び非專屬管轄の二とする。

(i)專屬管轄——檢非違使廳の專屬管轄に屬する犯罪事件とは、或る種の犯罪事件が専ら檢非違使廳の管轄に屬し、斷罪及び決配の兩權限が全く檢非違使廳にのみ存し、他の令制裁判所に於ては管轄することを得ざる事件を云ふ。之には強盜、竊盜及び私鑄錢（通貨偽造）の三犯罪を擧げることを得る。貞觀十七年（875）十二月撰進の檢非違使式によれば、「盜人ハ輕重ヲ論ゼズ、刑部省ニ移スヲ停メ、別當直チニ着欵シテ、役所ニ配シテ駈策セシム。」とあり（一）、又同じく「私錢ノ輩ハ、鑄錢司ニ送ルヲ停メ、着欵ハ盜人ト同ジク、資財田宅ヲ沒入セシム。」と規定せられてゐるのが（二）、即ち夫れである。廳例としては是等三犯罪事件に對する檢非違使廳の管轄が決定せらるゝ以前に於ては、強盜、竊盜は刑部省の管轄に屬し（三）、私鑄錢（通貨偽造）は鑄錢司の管轄に屬してゐた（四）。而して是等の三犯罪事件の管轄が、刑部省及び鑄錢司を離脱して、全然、檢非違使廳の所謂專屬管轄に屬するに至れる理由は、犯罪の頻發と弊害の甚大なることにより、之を一審のみを以て敏速に判決を確定せしめ、令制の裁判審級に見る覆審上訴の制度の適用を除外せしめんがために、檢非違使廳の專屬管轄に屬せしめたのである。但し事實は制度上の問題でなく、犯人即決處分の實力を有する檢非違使が、その實力行使によつて其の管轄を自己の掌中に收め得たと見るべきである。之に就ては後述する。

(ii)非專屬管轄——檢非違使廳の非專屬管轄に屬する犯罪事件とは、斷

罪及び決配が令制裁判所に關係ある事件を云ふ。之には殺人、傷害、鬪亂賭博、強姦等の諸犯罪を擧げることが出来る。この檢非違使廳の非專屬管轄に屬する犯罪事件の種類限界が始めて明瞭にされたのは、清和天皇の貞觀十二年(870)七月二十日の別當宣に於て之を見る。即ち此の別當宣によれば、檢非違使廳の管轄する所は「強竊二盜、殺害、鬪亂、博戲、強姦、」等の犯罪に限られ(五)、その他の犯罪は一切之を管轄しなかつた。而して此の別當宣中の「強竊二盜」の二犯罪は、後の貞觀十七年(875)十二月撰進の檢非違使式により、專屬管轄に移されたることは前述の如くである。尙この別當宣によれば、檢非違使の管轄する所を斯く制限せる理由は、從來、檢非違使廳の管轄する所の犯罪事件は多種多様であり、之を全部管轄する時は、却て裁判事務が滯滞する事を以てあるとしてゐるから、この別當宣の發令以前、即ち貞觀十二年以前に於ける檢非違使廳の管轄に屬する犯罪事件は、更に一層多かつたことが知られる。

是等、檢非違使廳の非專屬管轄に屬する犯罪事件は、律令の裁判制度に従つて、その徒罪は刑部省が之を覆審、斷罪したが、その刑の執行は檢非違使廳が之をなし、流罪、死罪は刑部省より太政官に移送した。(六)。然し犯罪事件が檢非違使廳より刑部省へと移送せらるゝ手續は、檢非違使廳の長官別當より先づ太政官に上申し、太政官より更に此の事件を刑部省へと廻付すべきであり(七)、律令の裁判審級に見るが如く、第一審裁判所より直ちに第二審裁判所へと事件が移送せらるゝのとは異なることは既述の如くである。これ檢非違使廳が令外官であり、裁判所としての地位が令制裁判所に對して特殊の立場に在る所以である。

斯くの如く、檢非違使廳は其の非專屬管轄に屬する犯罪事件に就ては、專屬管轄に屬する犯罪事件の如く、一審斷罪を以て確定判決たらしむることを得ず、僅かに決配權を有する笞、杖の二罪に對する斷罪のみが確定判決となり、之に基く刑の執行を爲し得たが、徒罪以上に就ては檢非違使廳

は決配權を有せざるを以て、檢非違使別當より第一審の斷罪、即ち豫審決定の結果を太政官に報告する勘奏の手續を経て後に、刑部省が之を覆審斷罪する。之を刑部省の斷と云ふ。然るに此の勘奏と刑部省の斷とは、延喜の末より行はれなくなり、村上天皇の天曆四年(950)十月十三日の太政官より檢非違使へ下せる官符によれば、「疑獄決罪ハ省ノ職掌ニ非ズ」と見えて(八)、刑部省の有する裁判權が薄弱となれることを示し、こゝに至つて檢非違使廳の非專屬管轄に屬する犯罪事件の徒罪以上の裁判と雖も、凡て檢非違使廳の專屬管轄に屬するに至つた(九)。之に加ふるに、檢非違使廳の事物管轄は頗る擴大され、既述の諸犯罪事件の外に、更に各種の犯罪事件に及べる事實は法曹至要抄の示すが如くであるから、檢非違使廳は京都に於ける最も廣汎なる權限を有する裁判所たるの地位を獲得し、その裁判は第一審にして且つ同時に終審であつたから、律令の刑事訴訟法に認めらるゝ覆審上訴の制度は全く崩壊するに至つた。

(II)土地管轄

檢非違使廳の土地管轄とは、犯罪に特別の關係ある土地を管轄する檢非違使廳が、裁判所として有する裁判上の權限である。

檢非違使廳が裁判所として有する土地管轄は、前章に述べたる檢非違使が行使する檢察權の行使區域と同様に、京都を中心として、大井、與度、山崎、大津等の犯罪發生地と解される(一〇)。蓋し檢非違使の有する檢察權行使の結果、摘發彈劾せる犯罪事件、逮捕せる犯人は、凡て檢非違使の裁判權に服するが故である。

- 一 盜人不論輕重。停移刑部省。別當直着欽。配役所。駢策者。(政事要略、卷六十一、五三三頁)
- 二 私錢之輩。停送鑄錢司者。着欽與盜人同。令沒入資財田宅。(西宮記、卷二十三、臨時十、五七二頁)
- 三 長徳二年十一月十六日。別當宣稱。依盜竊之犯。入徒役之輩。貞觀以往。移

- 刑部省。任法斷定。乃是先。定罪名。次及決配者也云々。(西宮記、卷二十三、臨時十一、五八二頁)
- 四 其私鑄錢。不論首從。令鑄錢使終身役之。(類聚三代格、卷二十、斷罪贖銅事、一〇三六頁)
- 五 貞觀十二年七月廿日。別當宣稱。聽訴之官。各有其職。獨爲愆行。事多擁滯。自今以後。自強竊二盜及殺害。鬪亂。博戲。強奸等外。一切不可執行者。(政事要略、卷六十一、五二六頁)
- 六 強盜竊盜之外。流罪徒罪之輩。檢非違使所。任意不可決斷。問定之後。可勘奏。(西宮記、卷二十三、臨時十一、六〇一頁)
- 七 是以所當之罪。若爲管杖者。須立決放。又若及徒流死者。勘奏之後。徒罪以下。於使所可決。流罪以上。可送刑部省者也。(法曹至要抄、卷上、罪科條、鬪亂鬪殺事、二五八頁)
- 八 政事要略、卷八十二、天曆四年十月十三日太政官符、六六五頁。
- 九 放火之輩。依爲死罪。須送刑部省。令決本罪也。(中略)抑於使所。雖有被行例。猶至罪囚者。別當每度可候奏聞也。而近代都無此事。(法曹至要抄、卷上罪科條、放火事、二七三頁)
- (前略)故圖謀三ヶ犯。元死罪也。雖須送刑部令決斷。延喜以降。絕而不行。(中略)死罪者。非使廳之所掌。仍別當大理。須每度奏聞也。而近代絶無勘奏。(式目抄、續史籍集覽、第二集一、一八頁)
- 一〇 右大臣宣。奉 勅。檢非違使。毎旬巡察大井與度山崎大津□□等非違者。使式云。近京之地及山崎與度□□大井等。津頭使等。糾察非違者。(政事要略卷六十一、五三一頁)

第 三 廳 例 の 刑 罰

律の刑法に規定する主刑は、生命刑（死刑）、自由刑（流刑、徒刑）、體刑（杖刑、笞刑）であるが、廳例に於て認めらるゝ刑罰は、その管轄する犯罪事件が專屬なりや、非專屬なりやにより、刑罰の種類を異にした。

檢非違使廳の專屬管轄に屬する犯罪事件、即ち強盜、竊盜の二犯罪には自由刑（徒刑のみ）が適用され、私鑄錢の犯罪には主刑として自由刑（徒

刑のみ)、附加刑として財産刑(資財田宅の沒收)が科せられた。即ち廳例の專屬管轄に屬する犯罪に科せらるゝ刑は、律の刑法の規定する主刑中の自由刑(徒刑のみ)と、律の刑法の規定せざる財産刑との二種であつた。

檢非違使廳の非專屬管轄に屬する犯罪事件、即ち殺人、傷害、鬪亂、賭博、強姦等の犯罪に對しては、檢非違使廳に於ても律の刑法の主刑が適用せられ、是等の犯罪が答罪、杖罪に該當する時に限り、之に對して決配權を有する檢非違使廳は、體刑(答、杖の二刑のみ)を科すことを得、自由刑(流、徒の二刑)生命刑(死刑)は、共に刑部省が決配權を有した。

併し後述する如く、刑部省が裁判上の實權を喪失するに至つた後は、本來その管轄に屬して決配權を有したる是等の生命刑、自由刑の決配權は凡て檢非違使廳の管轄に屬することゝなれるのみならず、その專屬、非專屬の管轄事件を通じて、律令の制度には見ざる廳例特有の刑の執行が行はれるに至つた。以下、是等に就て説明しよう。

(I) 盜犯に對する刑罰

盜犯、即ち強盜及び竊盜の兩犯に對する律の刑法の處罰規定は、賊盜律に規定する所であり、贓物の有無、その額の多少によつて、それぞれ刑に輕重があり、輕きは答刑より重きは死刑にまで及んだ(一)。然るに此の規定は弘仁九年(818)の宣旨により改正せられ、強盜及び竊盜の處罰は、罪の輕重を論ぜず、凡て之を徒刑となし、且つ徒役としての服役年限に別段の規定を設けなかつた(二)。従つて、當時、早くも裁判權を有せる檢非違使は、服役年限に關する別段の規定なきにより、盜犯の處罰は凡て之を無期徒刑として、終身服役せしむることを以て慣例とした(三)。併し盜犯と一口に云つても強盜及び竊盜の別があり、この兩者の罪質の異なることは勿論、その強奪或は竊取により得たる贓物の額の多少によつても、罪の輕重に差別を設くべきであることは、前記、賊盜律の明文を待つまでもない。されば當時如何に強盜、竊盜の事件が頻發せるにせよ(四)、その威嚇の目

的を以て、犯人を凡て一律に無期徒刑に處せる檢非違使の處置は、正に不當の極みであつた。尤も檢非違使の此の慣例的處罰方針は、弘仁九年の宣旨に徒刑の服役年限の指示なきによるものであり、檢非違使の獨斷的處分に出でたるものではなかつた。

弘仁十三年(822)、檢非違使は弘仁九年の宣旨の盜犯處罰法を改正し、罪の輕重により徒刑の年限に差別を設ける規定の制定せられんことを奏請した。こゝに於て、弘仁十三年二月七日、太政官は官符を以て、弘仁九年の宣旨に代る新法令を格として頒布した。即ち之によれば、賊盜律の盜犯處罰規定は大幅修正を施され、賊盜律の笞、杖の二刑は徒役一年、賊盜律の徒役一年は半年加重の徒役一年半、同じく徒役二年、三年は各一年加重の徒役三年、四年の刑であり、賊盜律の流刑は徒役六年に、同じく死刑は別勅により執行を免除されて徒役十五年の刑に、それぞれ改正された(五)。以上を圖示すれば次の如くなる。

賊 盜 律	笞 杖 刑 刑	徒 一 年	徒 二 年	徒 三 年	流 刑	死 刑
弘仁十三年格	徒一年	徒一年半	徒三年	徒四年	徒六年	徒十五年

即ち弘仁十三年の格は賊盜律の規定に比して、刑罰が凡て徒刑一種なること、律の輕刑は重く、重刑は輕く改正せられたることの二點に於て相違が見出されるが、特に死刑の廢止せられたことは注目すべきことであつた(六)。但し弘仁十三年の格は當然に弘仁九年の宣旨による盜犯處罰法の適用を妨ぐるものではなく、弘仁十三年の格は強盜或は竊盜の初犯者に對してのみ適用せられ、再犯者は依然として、弘仁九年の宣旨により無期徒刑であつた(七)。又この格が頒布せられても、賊盜律の規定は依然として存し、擬律に當つては先づ賊盜律を引用し、更に之に格を適用し、以て判決を下すのが慣例であつた。

斷獄律によれば、贓狀の明白なるにも拘らず、犯人が自己の犯罪行爲を自白せざるか、或は之を認めざる場合には、その獲たる贓(八)の數によつて刑を量定することを得た(九)。而して賊盜律に規定する竊盜犯(一〇)の贓物數に基く刑の量定は、之を圖示すれば凡そ次の如くなる(一一)。

	贓物 ナシ	贓布 一尺	自贓布一端 至五端未滿	贓布 五端	自贓布十端 至卅端未滿	自贓布卅端 至五十端未滿	贓布 五十端
竊盜	笞五十	杖六十	自杖七十至百 (一端毎ニ杖 十ヲ加フ)	徒一年	自徒一年半 至三年 (五端毎ニ半 年ヲ加フ)	流刑	加役流

註 贓物なき場合は即ち竊盜未遂である。尙、賊盜律に於ては、特に例示せる特定物以外の竊盜による贓物は、凡て之を布に換算し、之を准贓布として其の量定の標準とした。

次に賊盜律に規定する強盜犯(一二)の贓物數に基く刑の量定は、之を圖示すれば凡そ次の如くなる(一三)。

	普通強盜			強盜傷害	強盜殺人
兇器 ナシ	徒役二年 但シ贓物ナシ	自徒三年至流刑 (但シ贓布十 五端未滿)	死刑(絞) (但シ贓布十 五端以上)	死刑(絞)	死刑(斬)
兇器 所持	流刑 但シ贓物ナシ	死刑(絞) 但シ贓布十端未滿		死刑(斬)	死刑(斬)

註 賊盜律の強盜は、之を普通強盜、強盜傷害、強盜殺人の三種に分つことを得、又、兇器所持の有無によつて刑の量定に相違があつた。而して兇器を所持せざる強盜傷害、同殺人とは、即ち強盜を犯し且つ相手方を鬪傷、鬪殺するの類である。(鬪傷、鬪殺は双物を用ひずして、相手方を鬪毆するにより人を殺傷するを云ふ。)

斯くの如く、律の刑法に於ては、強盜及び竊盜に對しては贓布の數を以て刑の量定の基準となすと共に、同數の贓布と雖も、それが強盜によつて得たるか、竊盜によつて得たるかによつて、その刑に大なる相違があつた。然るに廳例の刑法に於ては、贓布の實數は如何なる多額を算しても、凡て之を十五端未滿の數として擬律し、又強盜に就ては普通、傷害、殺人の何れの場合に於ても、その處罰は凡て贓布數によつてのみ決定され、當然に刑の加重せらるべき要件たる兇器所持、傷害、殺人等の行爲に就ては、一切之を論じなかつた。之を詳述すれば次の如くである。

廳例の刑事訴訟法に於ては、判決の基となるべき着欵勘文に強盜犯人の贓物數を記載するに當つては、たとへ犯人の贓物の實數が贓布に換算して何百千端（判事式によれば一端は布の長さ五丈二尺、廣さ二尺四寸と規定されてゐる。）あつても、之を凡て十五端未滿の數として記載し（一四）、極端なる實例としては、實數は准贓布六百十三反二丈なるにも拘らず、着欵勘文には之を僅かに十三反二丈として記載し、刑の量定は前者の數によらず、後者の數によつて爲されたこともある（一五）。斯くの如きことは全く理不盡の極みであつたが、これも亦、廳例の方針たる寛刑主義の現れに外ならない。蓋し賊盜律によれば、強盜は贓布數十五端以上は凡て死罪に該當し、十五端未滿は流罪であるが、弘仁十三年の格によれば、前者は別勅によつて徒役十五年の刑、後者は同六年に減刑せられてゐる。然るに廳例が強盜の凡て贓布數を十五端未滿と看做すことは、賊盜律の強盜贓布十五端未滿の流刑に對する弘仁十三年格の改定刑罰たる徒役六年の刑を以て廳例の最高刑となすものであり、賊盜律の死刑、格の徒役十五年の刑に相當する強盜の贓布十五端以上と雖も、之を十五端未滿として換算したから、賊盜律の死刑流刑に當る罪も、廳例では徒役六年の刑を以て足るに至つた。廳例の寛刑主義は斯くの如き手段を以て行はれたのである。

併し廳例の此の贓布數の計算擬律方法は、贓布の實數が十五端以上の犯

人には、律の死刑、格の徒役十五年の刑が、更に僅かに徒役六年の刑に減輕されて好都合であるが、之に反して贓布の實數が一端未滿の犯人には、逆に律の規定よりも刑が加重されて、廳例の寛刑主義が行はれなくなるの結果を見た。即ち賊盜律によれば、強盜の贓布數一端未滿は徒役三年の刑であるが、之に弘仁十三年格を適用すれば、一年加重の徒役四年の刑となり、前述する如く、贓布六百十三反餘が徒役六年なるに比して、刑の量定の不均衡なること、亦甚しいものがあつた。従つて此の贓物數による刑の量定は、律の死及び流の二刑は刑が減輕されるが、徒以下の刑は却て刑が加重される結果となつた。

次に律の刑法に於ては、強盜は兇器の所持の有無により、刑の量定に格段の差があり、その罪質により普通強盜、強盜傷害、強盜殺人の別があり、いづれも各別の刑が科せられた。然るに廳例の刑法に於ては、この場合に於ても尙贓布數の多少によつてのみ刑を量り、強盜殺人は當然普通強盜より刑の重きに拘らず、その贓布數が普通強盜より少き時は、その刑は普通強盜より輕いと云ふが如き不合理を生ずるに至つた。併し是れとても所謂「使等ノ行ヒ來レル所」であり、「法意ニ乖ルト雖モ自ラ流例ヲナス」ものであつた（一六）。

尙この問題に就て生ずる疑問は、刑の量定の標準となる贓物なき場合である。この場合に於ては、若し罪の斷定は賊盜律の各本條を以て論ずるものとすれば、兇器の所持なき強盜に就ては、普通強盜は強盜未遂となり徒役二年であるが、格により一年加重の徒役三年となり、一向差支ないが、兇器を所持する強盜に就ては、普通強盜は流刑であるが、格により徒役六年に該當する。然るに、一方に於て兇器の所持なき傷害及び殺人の各強盜も贓物ある時は之により刑が量定され、廳例は贓布十五端以上をも十五端未滿として計算し、賊盜律の本條及び弘仁十三年格に准據して、最高刑は徒役六年である。即ち兇器なき強盜傷害、強盜殺人の既遂（贓物ある場合）

と、兇器を所持する普通強盜の未遂（贓物なき場合）とが、殆ど同じ刑に該當することとなり、刑の均衡を失するの甚しいものである。併し實際に於て、廳例が贓物なき兇器所持の普通強盜の未遂を、賊盜律の本條及び格により之を徒役六年の刑に處せるや否やに就ては明かでない。たゞ贓物あれば之により刑を決定したが、贓物なくとも刑を量定すべき根據なきの理由を以て、之を無罪放免となすが如きことは無かつた様である（一七）。但し其の刑を如何にして決せるかは明かでない。

（II）私鑄錢犯に對する刑罰

私鑄錢、即ち錢貨を私かに鑄造する行爲が罪として罰せらるゝに至れる由來は既に久しいものであるが（一八）、弘仁十三年二月七日の太政官符は、私鑄錢犯人、即ち通貨偽造犯人の處罰は、首從の別なく終身徒役の刑を科することを規定し、之を鑄錢使の管轄とした（一九）。これは同官符に於て、賊盜律の盜犯に對する死刑が十五年の徒役に減輕せられたるに比して、頗る峻嚴なる科刑方針と云はねばならぬが、當時、この私鑄錢犯罪を極めて罪惡視せることは、この罪が律の刑法の規定せざる所なるにも拘らず、尙律の刑法に常赦と雖も免ぜずと規定せらるゝの罪たる八虐、故殺、謀殺、強竊二盜等の罪と共に、常赦によるも免すべからざるの罪の一に數へられたることによつても、之を知ることが出来る（二〇）。

前述の如く、私鑄錢犯人の處罰は鑄錢使の管轄する所であつたが、檢非違使も亦之に關與した。但し鑄錢使の管轄する所は、犯人の徒役刑、即ち自由刑の執行なるに對して、檢非違使の管轄する所は、犯人の資財田宅の沒收即ち財産刑の執行であつた。而も前者は弘仁十三年二月七日の太政官符により認められたる所なるに對して、後者は何等その據る所なき、全く檢非違使の獨斷に出づる處分であつた。檢非違使の此の私鑄錢犯人の財産沒收の處分が、いつとはなく廳例となるに及んで、檢非違使廳は太政官に對してこの廳例の成文法化を申請するに至つた。即ち清和天皇の貞觀十六

年(874)十二月廿六日の檢非違使起請は、之を次の如く述べてゐる(二一)。

マサニ私鑄錢者ノ田宅資財ヲ沒スベキ事、

謹ミテ案ズルニ、法條中、私鑄錢者ノ財物ヲ沒入スベキハ無ク、而モ使等ノ先例、或ハ其ノ田宅資財ヲ沒セリ。既ニ法意ニ非ザルモ、亦宣旨ナシ。之ヲ政理ニ論ズレバ誠ニ遵行シ難シ。望請スラク。處分、將ニ永例ト爲サンコトヲ。

即ち「之ヲ政理ニ論ズレバ、誠ニ遵行シ難シ」と云へるは、檢非違使の此の資財田宅沒收の處分が、何等、法條の認むる所でなく、全く檢非違使の獨斷、而も鑄錢使に於て既に終身徒役の刑に科せしめたる上に、更に之に附加せる處分なるが故である。若し此の處分が格として認めらるゝならば、檢非違使の處分は適法化され、敢て他を憚るの要なきに至るであらう。而して檢非違使の此の起請は即日太政官の容るゝ所となり、太政官符を以て公式に格として頒布せられたが(二二)、翌貞觀十七年(875)撰進の檢非違使式には、之を「私儀ノ輩ハ鑄錢司ニ送ルヲ停メ、着欽ハ盜人ト同ジク、資財田宅ヲ沒入セシム。」と規定せるを以て(二三)、こゝに於て私鑄錢犯の處罰は全く檢非違使の手に移り、之に對する刑罰は強盜、竊盜と同様に着欽して徒役の刑に處すると共に、その資財田宅をも沒收することゝなつた。

(III)一般犯罪に對する刑罰

こゝに一般犯罪とは、上述する所の強盜、竊盜、私鑄錢以外の犯罪を指す。即ち檢非違使欽の專屬管轄に屬する上記三犯罪に對し、その非專屬管轄に屬する鬪亂、殺人、傷害、賭博、強姦等の諸犯罪を始め、刑部省の權威失墜により(二四)、從來檢非違使廳の管轄外にあつた諸犯罪、即ち律の刑法に規定する各種犯罪を、便宜上こゝに一般犯罪と名付ける。

弘仁十三年の格は盜犯に對してのみ適用せられ、その他の犯罪に就ては適用せられざるを以て、一般犯罪に對する刑罰は、律の刑法の主刑たる所謂五刑(死、流、徒、杖、笞)が適用せられた。而して檢非違使欽の專屬

管轄に屬する強盜、竊盜、私鑄錢の三犯罪事件を除く、その他の一般犯罪は、その斷罪が徒罪以上なる時は、之に對する決配權は檢非違使廳之を有せざるが故に、その獨斷的處分を以て決配することを得ず、太政官へ勘奏することにより、これが決配權を有する刑部省の覆審を必要とした(二五)。

然るに此の覆審制度も延喜以後は漸次行はれなくなり、徒罪以上と雖も凡て檢非違使廳の一審斷罪により、直ちに決配權が行使され、刑の執行に移るに至つた(二六)。然し死罪の決配のみは、たとへ刑部省の覆審制度が弛廢しても、檢非違使廳の一審斷罪を以ては爲し得ず、その罪に該當する放火、故意殺人、鬪殺、謀殺等の犯罪に對する斷罪は、一旦、長官別當より其の都度奏聞し、勅裁により判決を確定すべきであつたが(二七)、後には此の手續すらも行はれなくなり、從つて凡ての犯罪が檢非違使廳の一審斷罪により判決が確定し、これより直ちに刑の執行が爲されるに至つた。

而して貞觀十二年(870)七月廿日の別當宣により決定せる檢非違使廳の專屬管轄、非專屬管轄に屬する犯罪事件は元より、延喜より天曆にかけて刑部省の裁判權が衰微すると共に(二八)、檢非違使廳の管轄となれる其の他の犯罪事件に對する刑罰は、依然、主として律の刑法の五刑たる生命刑(死刑)、自由刑(流刑、徒刑)、體刑(杖刑、笞刑)が適用せらるべきであつたが、その刑の執行は後述するが如く、檢非違使廳獨特の召禁制度により行はれ、五刑の執行は廳例の刑の執行としては、行はれなくなるに至つた。

- 一 凡強盜。不得財徒二年。一尺徒三年。二端加一等。十五端及傷人者絞。殺人者斬。其持仗者。雖不得財遠流。十端絞。傷人者斬。

凡竊盜。不得財笞五十。一尺杖六十。一端加一等。五端徒一年。五端加一等。五十端加役流。

(律疏殘篇、賊盜律、一〇八頁)

- 二 (前略)去弘仁九年宣旨稱。犯盜之人。不論輕重。皆配役所者云々。(類聚三代

格、卷二十、斷罪贖銅事、弘仁十三年二月七日太政官符、應定罪人配役年限事、一〇三五頁)

- 三 使等偏執此旨。未定年限。罪無輕重。命終役所云々。(類聚三代格、卷二十、斷罪贖銅事、弘仁十三年二月七日太政官符、應定罪人配役年限事、一〇三五頁)

- 四 之に就ては、谷森饒男氏「檢非違使ヲ中心トシタル平安時代ノ警察狀態」に詳細が見えてゐる。

- 五 夫絶者難更續。死者不再生。望請明定節文。依限驅使。謹請處分者。右大臣宣。奉 勅。夫配役之輩。既有年限。至於役使。豈期終身。靜而言之。事涉深刻。但兩京之内。犯盜者衆。若不折衷。何將懲肅。自今以後。宜犯徒一年者加半年。犯二年三年者各加一年。杖罪以下。只徒一年。若犯二流者各役六年。其犯死罪別勅免死十五年爲限。(類聚三代格、卷二十、斷罪贖銅事、弘仁十三年二月七日太政官符、應定罪人配役年限事、一〇三五頁)

- 六 日本法制史上に於ける死刑廢止に就ては、細川龜市氏「平安朝の死刑廢止に就て」(同氏、日本固有法研究、五一——六〇頁)、布施彌平治氏「日本死刑史」(七七—九〇頁)。

- 七 若役畢之後。不侮前過。亦有犯盜。或爲人兇惡。爲衆人所明知。或量其意況。難恤之色。並是終身配役。不可放免。(類聚三代格、卷二十、斷罪贖銅事、弘仁十三年二月七日太政官符、應定罪人配役年限事、一〇三五頁)

- 八 律令法に於ける賊とは、職員令贓贖司義解に「非理ニシテ財ヲ取ルヲ賊ト曰フ」とあり、廣く道理に反せる行爲によつて他人の財物を得る行爲を云ひ、轉じて其の得たる贓物をも亦賊と云ふ。この賊の種類は六種あり、之を六賊と云ひ、その中、盜犯によつて得たるものを盜賊と云ふ。

- 九 若贓狀露驗。理不可疑。雖不承引。卽據律斷之。(律逸、卷八、斷獄律、二一五頁)

尙、被告人が罪狀を承伏せざるにも拘らず、衆證(三人以上の證言)により斷罪せる實例は三代實錄、貞觀十八年六月二十七日條、參照。

- 一〇 賊盜律の註及び金玉掌中抄によれば、竊盜とは威力を用ひずして、單に人の財物を竊取するを云ふ。

- 一一 竊盜不得財笞五十。一尺杖六十。一端一尺杖七十。二端一尺杖八十。三端一尺杖九十。四端一尺杖一百。五端徒一年。十端徒一年半。十五端徒二年。廿端徒二年半。廿五端徒三年。卅端近流。卅五端中端。四十端遠流。五十端加役流。(西宮記、卷二十三、臨時十一、五七三頁)
- 一二 賊盜律の註及び金玉掌中抄によれば、強盜とは威若しくは力を以て財物を強取するを云ひ、先づ強して後に盜し、先づ盜して後に強し、若しくは人に藥酒及び食を與へ、狂亂せしめて財を取るもの等を云ふ。
- 一三 強盜不得財徒二年。一尺徒三年。二端一尺近流。四端一尺中流。自六端一尺至十四端五丈一尺九寸遠流。十五端絞。(西宮記、卷二十三、臨時十一、五七三頁)
- 一四 一可入死罪之囚者。減此贓布數。縱雖及百千反。不足十五反。猶處流刑。是應例也。(西宮記、卷二十三、臨時十一、五八二頁)
- 一五 西宮記、卷二十三、臨時十一、長徳二年十二月十七日、可著欽左右獄囚贓物事。同、勘申可着欽左右獄囚事、五八三——五九四頁。
- 一六 一有賊盜人持杖。并傷殺人等。只就贓數勘之。不知餘罪。殺人之罪。雖重於盜罪。偏依盜罪不知殺罪。是使等所行來也。雖乖法意。自爲流例也。(西宮記、卷二十三、臨時十一、五八二頁)
- 一七 但。持杖強盜不得財者。猶依本條。可處遠流贓。雖無贓。不可默以免之色也。(西宮記、卷二十三、臨時十一、五八三頁)
- 一八 私鑄錢犯人に對する科刑の沿革を略述すれば、先づ和銅四年(711)の格によれば、その首犯は斬刑、從犯は沒官、家族は流刑と規定され、次いで天平勝寶五年(753)の太政官符によれば、首犯の斬刑は之を一等を減じて遠流刑と改むるに止まり、從犯、家族は共に和銅四年の格に従つた。併し是れは刑の均衡を失するものとして、寶龜十一年(780)十一月二日の太政官符は、名例律、賊盜律の首犯從犯の刑の量定、減刑の割合等を比較参照して、首犯は遠流刑、從犯は首犯の刑の一等を減じて徒役三年の刑、家族は更に從犯の刑の一等を減じて徒後二年半の刑と規定した。斯くの如く、私鑄錢犯人の處罰方針は、漸次に減刑され來つたのであるが、錢貨流通の發達と共に、之を私かに偽造する者が續出するに至り、遂に之を彈壓禁止せしめんが爲め、弘仁

十三年(822)二月七日の太政官符を以て、首従の別なく終身徒役の刑を以て臨むに至つたのである。

尙、之に就ては、細川龜市氏「上代貨幣經濟史」一八六頁以下、參照。

一九 其私鑄錢。不論首従。令鑄錢使終身役之。(類聚三代格、卷二十、斷罪贖銅事、弘仁十三年二月七日太政官符、應定罪人配役年限事、一〇三六頁)

二〇 (前略)自貞觀二年十一月十六日昧爽以前。徒罪以下。不論輕重。咸從免除。但八虐。故殺。謀殺。強竊二盜。私鑄錢。常赦所不免。及欠負官物之類。不在赦限云々。(三代實錄、卷四、貞觀二年十一月十六日壬辰條、五九頁)

二一 三代實錄、卷二十七、貞觀十六年十二月廿六日庚辰條、三五五頁。

原文は本稿三五頁、註八、參照。

二二 太政官符

應沒私鑄錢者田宅資財事

右。檢非違使起請稱。謹案。法條無可沒入私鑄錢者財物。而使等或必沒其舍宅資財。雖非法意。行來成例。望請。編之朝章。嚴遏其奸者。右大臣宣。奉勅。依請。

貞觀十六年十二月廿六日

(類聚三代格、卷十四、錢鑄事、八〇三頁)

二三 西宮記、卷二十三、臨時十、五七二頁。

二四 議獄決罪。非省之職掌云々。(政事要略、卷八十二、天曆四年十月十三日太政官符、六六五頁)

二五 強盜竊盜之外。流罪徒罪之輩。檢非違使廳任意不可決斷。問定之後。可進勘奏。(西宮記、卷二十三、臨時十一、六〇一頁)

二六 故圖謀三ヶ犯。元死罪也。雖須送刑部令決斷。延喜以降。絕而不行。(式目抄、續史籍集覽本、第二集一、一八頁)

二七 放火之輩。依爲死罪。須送刑部省令決本罪也。(中略)抑於使廳。雖有被行例。猶至死罪囚者。別當每度可經奏聞也。而近代都無此事。(法曹至要抄、卷上、罪科條、放火事、二七三頁)

故圖謀三ヶ犯。元死罪也。雖須送刑部令決斷。延喜以降。絕而不行。(中略)死罪者。非使廳之所掌。仍別當大理。須每度奏聞也。而近代絕無勘奏。(式目

抄、續史籍集覽、第二集一、一八頁)

二八 故闘謀三ヶ犯。元死罪也。雖須送刑部令決斷。延喜以降。絕而不行。(式目抄、續史籍集覽本、第二集一、一八頁)

議獄決罪。非省之職掌云々。(政事要略、卷八十二、天曆四年十月十三日太政官符、六六五頁)

第 四 着 鈐 勘 文

(I) 意 義

着鈐勘文とは被告(犯人)の犯罪行爲に對して、法律専門家たる明法家の手により作成せらるゝ擬律書であり、着鈐政の當日、被告(犯人)に言渡すべき刑の判決の基となるべきものである。

着鈐とは即ち鈐を着くるの謂であり、有罪と決定せる被告(犯人)を服役せしむるに當つて、被告即ち未決囚人の頸に刑具の一種たる鈐(くびかせ)をはめることである。この着鈐は強盜、竊盜及び私鑄錢に關する囚人に對してのみ適用せらるゝのが廳例であつた(一)。次に勘文とは即ち文^{かんぶん}を勘^{かんが}へるの謂であり、廣く特定の事項に對して、古來よりの慣例、日時、方角等を占ひ勘へ、又故實を調査して、先例に對して誤謬なきを期する答申書である。従つて、それが裁判事項に關する勘文なる時は、犯罪行爲に對して科すべき刑を、律の正條を適用し、古來の判例及び慣習を調査參考して、明法家より檢非違使別當に答申せる擬律書である。而して此の勘文が着鈐すべき被告(犯人)に對して作成せらるゝ時は、之を着鈐勘文と稱し、之により着鈐政(二)の當日、檢非違使より被告即ち未決囚人に對して言渡さるゝ判決が決定する。上訴覆審制度を認めざる檢非違使廳の盜犯竝に私鑄錢犯に對する斷罪權は、同時に決配權を伴ふが故に、畢竟、着鈐勘文による斷罪は確定判決として、之により直ちに刑が執行せられた。

(II) 形 式

着欽勘文の形式は一條天皇の長徳二年(996)——或は長徳三年(997)とも云ふ(三)——十一月十六日發令の別當宣を境として、大體、二様の形式を有する。

第一形式、即ち長徳二年十一月以前の着欽勘文の形式は、これ亦、沿革的に見て些少なる點に於て種々の相違があり、必ずしも一定してゐない。例へば村上天皇の天曆三年(949)までの着欽勘文には、刑の量定の基準となるべき主要物件たる贓物類は、或は明記せられ、或は明記せられなかつたが、天曆三年十二月以後、贓物の額及び種類が明記されるに至つた(四)。而して天曆十一年(957)頃までは、犯人の年齢、本籍をも記載せず、又贓物額の明記も、共犯の罪は各自の得分の贓物類によらず、之を合計せる贓物の額を以て、各犯人に對して一律に處斷すべき賊盜律の規定は無視せられ(五)、共犯者と雖も各自の贓物得分のみを明記し、その合計額は明記しなかつた。而して是等の部分的の相違の外に、判決の主文とも云ふべき刑の言渡、即ち徒役年限の明記は、終始一貫して着欽勘文に記載せられなかつた。斯く徒役年限を着欽勘文に明記せざる結果は、斷罪行刑の日に、犯狀を犯人に言渡すべき獄令の規定を破り(六)、刑期の言渡を爲さずして犯人を服役せしめ、刑期滿了に至つて始めて、囚人に其の刑期の言渡をなすが如き、全く本末顛倒の判決言渡の手續が行はれた(七)。

第二形式、即ち長徳二年十二月以後の着欽勘文は、長徳二年十一月十六日の別當宣により、刑期の明示方を命ぜらるゝに至つて、漸く徒役年限を記載するに至つた。併し刑の量定の基準となり、且つ犯罪證明の證據物件たる贓物に就ては、前形式と異なり、その額並に内容は之を明示せず、ただ贓物の合計個數のみを列記し、贓物の價額は之を贓布の長さに換算して准贓布としての取扱ひをなし、贓布を以て刑の量定をなす賊盜律の強盜及び竊盜の二法を適用することゝなつた。従つて武具、衣服、穀物、家畜等に関する特別盜罪に就ては、各別に之に適用すべき法を詳細規定せる賊盜

律の規定は大部分死法と化し、如上の贓物は凡て准贓布として換算せられ、強竊盜に關する賊盜律の僅か二ヶ條の條文が凡てに適用されるに至つた。蓋し應例の裁判が簡易を尙ぶが故である。

(III)實 例 の 一

次に掲ぐる着欽勘文は、一條天皇の寛和二年(986)五月廿八日の着欽政當日に、被告たる未決囚人に言渡されたる判決を記載せるものであり、その作成日は同月十七日となつてゐる(八)。形式の上より云へば第一形式に屬するものであるが、作成年代から云へば大分後のものである。被告(犯人)の年齢、戸籍等は天曆年間の着欽勘文には通常記載せられざるものであるが、之には明かに記されてゐる所を見ると、天曆以後の變遷は、犯人の年齢、戸籍の記載を必要としたのであらう。然し刑期の明示なきことは依然變りなく、この意味に於ても第一形式に屬する着欽勘文である。尙この種の着欽勘文の例は極めて數が少なく、従つて其の形式及び内容の詳細は不明である。

勘申可着欽左右獄囚事

合十五人

強盜十人

竊盜五人

左五人

強盜四人

大原眞犬丸 年卅 左京人

贓物 絹衫一領 絹 袈裟一條 誦數一連 合袴一腰

河邊延正 年卅 伊勢國人

贓物 口袴四領(一領青鈍。一領茜染。一領花染。一領山吹色)

清原宗高 年卅二 筑前國人

贓物 櫻色綾袴一襲 青鈍綿袴一領 葡萄染下襲

清原德忠 年卅 日向國人

贓物 千作布狩衣一領 同布襖袴一腰

右承伏。進過狀了。

竊盜一人

高向恒枝 年卅二 伊勢國人

贓物 錢十貫文

右承伏。進過狀了。

右十人

強盜六人

阿刀行忠 年卅 左京人

贓物 白合褂一領 青鈍褂一領 白合袴一領 手作布襖一領

多治近滋 年卅九 筑前國人

贓物 五丈大寶幡三具（各四角付小幡四流）

贓物 白綿褂一領 白手作市狩衣一領

高額豐茂

贓物 黑紅花單一領 白單小衣一領

文屋經忠

贓物 白綿褂一領 承和色阿古女一領 單袴二腰 懸子管一會
染穀一疋

新炊助連

贓物 錢一貫文

額田常富

贓物 白單褂一領 基帳帷一條

藤原童子丸

贓物 白阿古女二領 細布袈裟一條 鈍色阿古女一領 黑紅花

染單袴二腰

右六人。犯強盜者也。勘問其由承伏。進過狀畢。但至常富。去天曆八年十二月廿二日。着欽者也。而今年六月十三日逃亡。同年八月九日。捕禁逃亡之由。既以承伏。

竊盜四人

坂上犬法師丸

贓物 錢十二延 衾拔出綿一條 信濃布二丈五色 綿二屯 白
褂二領 表袴三腰 調布三端

中臣茂春

贓物 四五寸木二枝

土師有時

贓物 鹿子父馬一定

依智秦松連

贓物 調布二丈 錢六百文 手作布袴一領 信濃布一丈

右四人。犯竊盜者也。勘問其由承伏。進過狀畢。

(中略)

以前今月廿八日。可着欽左右獄囚。勘申如件。

寛和二年五月十七日

右衛門府生 錦

美 努

少志 安

少尉 平

右近衛監 播 摩

左衛門府生 垂 水

防鴨河主典府生 野

少志 多朱使

秦

施藥院權少尉 布 瑠

權少尉 藤原使

右大史 清 科

註 この着欽勘文は着欽政當日に着欽すべき囚人（強盜及び竊盜犯人）の凡てに亘つて記載せらるべきものであり、一事件或は一犯人に付き、個々に各別に作成せられ、記載せらるべきものではない。冒頭に「勘申ス着欽スベキ左右獄囚事」と記し、次に着欽すべき囚人は左右の兩獄囚を合せて十五人、その内譯は強盜十人、竊盜五人なることを明かにする。次に「左五人」とあるのは、即ち左獄舎に於ける着欽すべき未決囚人五人の意であり、その内譯は強盜六人、竊盜一人である。又同様に「右十人」とあるのは、右獄舎に於ける着欽すべき未決囚人十人の意であり、その内譯は強盜六人、竊盜四人である。而して各犯毎に「右承伏セリ。過狀ヲ進メリス。」とか、或は「右四人竊盜ヲ犯セル者ナリ。其ノ由ヲ勘問シテ承伏セリ。過狀ヲ進メ畢リス。」等とあるのは、審問手續完了の次第を記せるものであり、着欽勘文を作成するには、まづ犯人をして自己の犯罪事實を認めしめ（之を服辨或は伏辨と云ふ）、之に過狀と稱する一種の謝罪的始末書を奉らしめ、然る後に着欽勘文が作成せらるゝのである。

(IV) 實 例 の 二

次に掲ぐる着欽勘文は、所謂第二形式に屬するものであり、長徳二年(996)十一月十六日の別當宣發令後に於ける最初の着欽政たる同年十二月十九日に未決囚人に言渡されたるものであり、その作成は前々日の十七日である(九)。第一形式に比して贓物の内容が明示せられずして種類のみ掲

げ、これが准贓布として換算せられてゐること、法律論としては適用すべき法文が明示され、刑期が明瞭にされてゐること等の特色を有し、廳例の判決は之によつて知ることが出来る。(原文を便宜上、假名交り文に改む)

勘申ス着欽スベキ左右獄囚事

合貳拾參人

強盜拾玖人

竊盜肆人

左

強盜玖人

大春日兼平 年々
年々

贓物漆種 准贓布陸端肆丈

岩松 年々
々々

贓物肆種 准贓布拾肆反

清原延平 年々
々々

贓物貳種 准贓布拾壹反

藤井國成 年々
々々

贓物參種 准贓布拾肆反參丈

田邊延正 年々
々々

贓物漆種 贓准布拾肆反參丈

伯耆諸吉 年々
々々

贓物伍種 准贓布拾肆反參丈

右陸人。強盜ノ犯ハ承伏シ畢リヌ。賊盜律ヲ檢シテ云フ。強盜一尺徒三年、二尺一等ヲ加ヘ、十五反絞ト。

刑部格ニ云フ。犯盜ノ人、徒ニ配スルノ輩ハ、宜シク徒一年ヲ犯スベキ者ハ半年ヲ加ヘ、二年三年ヲ犯ス者ハ各一年ヲ加ヘヨ。若シ三流ヲ犯ス者ハ各役六年ト。獄令ニ云フ。流徒ノ罪居作セ

バ、着欵若シクハ盤枷シ巾ヲ著クルヲ得ザレト。判事式ニ云フ。
 贓布ヲ平ニスルハ、長サ五丈二尺、廣サ二尺四寸ヲ一反ト爲セ
 ト。彼ノ贓布數ヲ推スニ十五反ニ滿タズ。犯ニ准ジ律ニ依リ、
 已ニ流刑ニ及ブ。今徒刑ニ配任シ、早ク應サニ役六年ニスベシ。

菅野並重 年々々

贓物參種 准贓布拾肆端貳丈壹尺

紀重春 年々々

贓物壹種 准贓布拾肆反參丈

右貳人。強盜ノ犯ハ承伏セズト雖モ、直贓ノ物已ニ以テ顯露ナリ。
 斷獄律ヲ檢スルニ云フ。應サニ囚ニ訊ヌベキ者ハ、必ズ先ヅ情ヲ
 以テ審カニ詞理ヲ察シ、反覆參驗セヨ。若シ贓狀露驗ニシテ理疑
 フベカラザレバ、承引セズト雖モ、即チ狀ニ據リ、之ヲ斷ゼヨ。
 贓ヲ計リ罪ヲ斷ジ、具サニ上條ヲ見ル。仍テ得ル所ノ物ヲ以テモ、
 亦當ル所ノ科ヲ論ズ。格ニ依リ罪徒六年ヲ加フ。

津守秋方 年

贓物參種 准贓布肆丈二尺參寸

右壹人。強盜ノ犯ハ承伏シ已ニ畢リス。賊盜律ヲ檢シテ云フ。強
 盜一尺徒三年、二尺一等ヲ加ヘヨト。今准贓布ハ一反ニ滿タズ。
 律條ニ據リ徒三年ニ當ル、格ニ依リ一年ヲ加ヘ、應サニ役四年ニ
 スベシ。

竊盜貳人

能登觀童丸 年

贓物壹種 准贓布捌拾反壹丈伍丈

大神福童丸 年

贓物肆種 准贓布伯貳拾反伍尺

右貳人。竊盜ノ犯ハ承伏シ畢リス。賊盜律ヲ檢シテ云フ。竊盜

一年杖六十、一反ニ一年ヲ加へ、五反ハ徒一年、五反ニ一等ヲ加へ、五十反ハ加役流ト。名例律ニ云フ。本條ニ加役流ト稱スルモノハ、遠所ニ配シテ三年ヲ役スルモノナリト。贓布ニ准ジ計ルニ五十反ニ過グ。律ニ依リ之ヲ定ムルニ、加役流ニ當ルト雖モ、格ニ依リ之ヲ論ズレバ、應サニ六年ニ處スベシ。

右拾貳人

強盜拾人

星河清澄 年

物部宮時 年

贓布貳種 准贓布拾參反玖尺

右貳人。同ジク強盜ヲ謀リ、共ニ其ノ犯ヲ成ス。爰ニ清澄ハ早く以テ承伏シ、専ラ避クル所無シ。宮時ハ承伏セズト雖モ、已ニ贓有リテ之ヲ科斷ス。法章條ハ上ニ存ス。但シ賊盜律ニ云フ。共盜ハ贓ヲ併セテ論ジ、其ノ強盜ハ、罪ニ首從無シト。今贓布數ヲ推スニ十五端ニ滿タズ。清澄等ノ犯シ得タル分ハ異ナルト雖モ、贓ヲ併セテ罪ヲ論ズレバ、是レ流刑ニ及ブモ、上件二人ハ應サニ役六年トスベシ。

伊勢利永 年

贓物參種 准贓布拾肆反貳丈伍尺

林 枝重 年

贓物貳種 准贓布陸反參丈貳尺

紀 清忠 年

贓物 准贓布拾貳反貳丈陸尺

秦乙犬丸 年

贓物貳種 准贓布陸反壹尺

右肆人。強盜ノ犯ハ承伏シ已ニ畢リス。贓布ノ數ヲ計ルニ十五

反ニ及バズ。律ニ依リ罪ヲ論ズレバ、共ニ是レ流ニ及ブ。格ニ
隨ヒテ役六年。

美努福安 年

贓物貳種 准贓布拾肆反壹丈捌尺

三島重遠 年

贓物貳種 准贓布拾肆反玖尺

廣井忠助 年

贓物貳種 准贓布陸反漆尺

右參人。強盜ノ犯ハ承伏セズト雖モ、贓ノ數ヲ見ル。亦三流徒役
ノ限ニ及ブ。各以テ六年。

多治比吉助 年

贓物壹種 准贓布肆丈貳尺參寸

右壹人。強盜ノ犯ハ承伏シ畢リス。贓布ノ數ハ一反ニ滿タズ。

格律ニ准據シ、應サニ役四年ニスベシ。

竊盜貳人

秦 吉信 年

贓物貳種 准贓布九反伍尺

右壹人。竊盜ノ犯ハ承伏シ已ニ了リス。取ル所ノ贓ハ當サニ徒
一年ニ當ル。即チ格旨ニ依リ役一年半。

石城吉童丸 年

贓物貳種 准贓布玖拾反參尺

右壹人。竊盜ノ犯ハ承伏シ已ニ了リス。其ノ贓布ヲ計ルニ五十
反ニ過グ。前律ト同ジク加役流ニ當ルモ、更ニ格旨ニ任セテ徒
役六年。

以前今月 日着欽スベキ左右獄囚、勘申件ノ如シ。

長徳二年十二月十七日

右衛門府生 飛鳥部好兼

美努伊達

少志 朝原善理

大志 伴 忠 信

權少尉 安 茂 乖

平 倫 範

大尉 藤原慶家

防鴨河主典左衛門府生 茜 忠 宗

少志 錦 爲 信

權大尉 藤原忠親

大尉 藤原季雅

註 初めの方の「左」の下には、原文にはないが、恐らく「拾壹人」が逸脱せるものであらう。尙この着欽勘文に使用せる數字は、次の如く解される。壹（一）、貳（二）、參（三）、肆（四）、伍（五）、陸（六）、漆（七）、捌（八）、玖（九）、拾（十）、佰（百）、又端と反とは同義である。次に法律適用論中、格或は刑部格とあるは、既に屢々引用せる弘仁十三年二月七日、太政官符を以て頒布せられたる格を指す。これ即ち賊盜律の強盜及び竊盜に關する法條を改正せるものであるが、この格の頒布が當然には律の適用を排斥するものでないことは、この着贓勘文に示す法律の適用に於て見る如くであり、犯罪は一應律に照し、更に之に格を適用して刑罰を決定するのである。

さて此の着欽勘文に於ては、長徳二年十一月十六日の別當宣の趣旨に基き、囚人の刑期は明確にされたが、刑の量定の基準ともなるべき贓物の内容は全く不明である。併し此の贓物は決して之を記録せずとの意ではなく、

着欽勘文の重點が刑期の明示に在るが故に、たゞ刑期決定に直接關係ある贓布數——各種の贓物は凡て之を准贓布として換算する——のみを示すに止まり、贓物の實數は別に贓物勘文と稱するものに於て、之を明かに示すことになつてゐる。この贓物勘文は贓物の全部を掲げ、その價額を評價すると共に、更に之を准贓布として布の長さに換算する。この最後の分だけが着欽勘文に記載せられる。従つて此の贓物勘文は贓物の目録であり、道志即ち檢非違使の志が贓物數を知らんがために別に作成するものであり、着欽勘文の副狀の如き意味のものではない（一〇）。前掲の着欽勘文に見える贓物の實數は、その贓物勘文によれば次の如くである（一一）。

可着欽左右獄囚贓物事

合貳拾參人

強盜十九人

竊盜四人

左十一人

大春日兼平 年五十
山城國人 強盜

贓物七種 あたひ 直錢七百卅文

准贓布六反四丈 流

弓一張 直卅文 胡籙一腰 直五
十文

拔手綿一領 直卅文 麥五斗 直二百
五十文

麻布二反 直百五
十文 手作布三尺五尺 直二百
五十文

用紙五十帖 直五
十文

岩松 年卅八
讃岐國人 強盜

贓物四種 直錢四貫二百文

准贓布廿二反二丈 十四
反流

絹二疋 直四
貫文 菊色單衣一領 直五
十文

白單衣一領 直^五十文 麥二斗 直百文

清原延平 年^{廿五}山城國人 強盜

贓物二種 直錢五貫二百文

准贓布卅一反三丈六尺四寸 十一反流

白布帶一腰 直三貫文 銀銚子一口 直^二貫^二百文

藤井國成 年^{卅七}大和國人 強盜

贓物三種 直錢七貫五百文

准贓布六十反一丈三尺三寸 十四反
三丈流

銀造太刀一腰 直^五貫文 馬一匹 直^一貫^五百文

米一石 直^一貫文

田邊延正 年^卅左京 強盜

贓物漆種 直錢七十六貫三百文

准贓布六百十三反二丈 十四反
三丈流

絹百卅七疋 直^{卅七}貫文 綾七疋 直^{廿八}貫文

直垂一領 直^三貫文 褂十一領 直^五貫^五百文

胡錄三腰箭 直^一貫^五百文 黑作太刀一腰 直^五百文

手作布二反 直^八百文

伯耆諸吉 年^{廿七}大和國人 強盜

贓物五種 直錢卅七貫五百文

准贓布三百十二反一丈二尺 十四反
二尺流

絹十二疋 直^{十二}貫文 手作布廿端 直^八百文

信濃布十反 直^二貫文 銀作打出太刀一腰 直^{十五}貫文

黒作太刀一腰 直五
百文

津守秋方 年卅
山城國人 強盜

贓物一種 釜一口 直錢
百文
准贓布四丈二尺三寸 徒四
年

能登觀童丸 年卅
山城國人 竊盜

贓物一種 直錢十貫文
准贓布八十反一丈五尺 五十反
加役流
銀佛一體

大神福童丸 年々々
々々 竊盜

贓物四種 直錢十五貫七百文
准贓布百廿五反五尺 加役
流
白襦一領 直七 蒔繪櫛笥二合 直十
百文 貫文
紫檀念珠一連 直三 綿二屯 直三
貫文 百文

菅野並重 年々々
々々 強盜贓露驗

贓物參種 直錢十二貫五百文
准贓布百九十反三丈
馬二匹 直二 銀造太刀一腰 直十
貫文 貫文
胡篋一腰 直五
百文

紀重春 年々々
々々 強盜贓露驗

贓物一種 直錢二百文
准贓布十六反三尺 十四反
三文流

絹二疋

右十二人

星河清澄 年々々々 強盜

物部宮時 年々々々 強盜露驗

贓物貳種 直錢五貫五百文

准贓布卅四反九尺 十三反
九尺流

米五石 粳一石

伊勢利永 年々々々 強盜

贓物三種 直錢七貫二百文

准贓布五十八反二丈五寸 十四反二
丈五尺流

蘇芳染襦一領 直七
百文 黑作太刀二腰 直六
百文

朱漆鞍骨一口 直五
百文

林枝重 年々々々 強盜

贓物貳種 直錢八百文

准贓布六反三丈二尺 流

菌色襦一領 直七
百文 四寸鏡一面 直百
文

紀清忠 年々々々 強盜

贓物貳種 直錢一貫五百文

准贓布十二反二丈六尺

絹二丈五尺 直九
百文 手作布二反 直六
百文

美努福安 年々々々 強盜贓露驗

贓物貳種 直錢三貫九百文

准贓布卅一反一丈八尺 十四反一丈八尺流

馬一疋 直七百文 牛四頭 直三貫二百文各八百文

多治比吉助 年々々々 強盜

贓物一種 直錢百文

准贓布四丈二尺三寸

麥二斗

秦吉信 年々々々 竊盜

贓物二種 直錢一貫二百文

准贓布九反五尺 徒一年

馬一疋 直七百文 牛一頭 直五百文

石城吉童丸 年々々々 竊盜

贓物二種 直錢十一貫八百文

准贓布九十反五尺 流

銀佛二體 直十貫文 打敷十八枚 直一貫八百文

三島重遠 年々々々 強盜贓露驗

贓物二種 直錢十三貫文

准贓布百廿五反 十四反九尺流

馬三疋 直三貫文 麻布一百卅反 直十貫文

秦乙犬丸 年々々々 強盜

贓物貳種 直錢二貫文

准贓布十七反一丈 六反一
尺流

馬一疋 直一
貫文 牛一頭 直一
貫文

廣井忠助 年々
々々 強盜贓露顯

贓物二種 直錢七百文

准贓布六反七尺 流

馬一疋 直六
百文 稻二束 代錢
百文

長徳二年十二月十七日

註 「直」とあるのは價格の意であり、直錢七百卅文、直五十文と云ふのは價格が錢貨で七百卅文、五十文との意である。清原延平の項に於て、准贓布卅一反三丈六尺四寸と見え、その下に十一反流と別註のあるのは、唯贓布の實數は卅一反六尺四寸であるが、強盜犯の十五反以上は死刑なるが故に、死刑廢止の廳例では、之を着欽勘文には別註の如く准贓布十一反と記載し、これは賊盜律によれば當然流刑に當るが、弘仁格の適用により徒役六年の刑に處すべきものなることを示すものである。田邊延平の准贓布實數六百十三反二丈亦同様であり、着欽勘文には別註の十四反三丈、賊盜律の流刑として記載し、之に弘仁格を適用して徒役六年の刑とする。但し准贓布の實數と着欽勘文に記載する形式上の准贓布數とが如何なる割合を以てなされるか、例へば其の比率の如き一定の評價標準があるか否かは不明である。強盜犯田邊延正の准贓布實數六百十三反二丈も着欽勘文には形式上は十四反三丈となつてゐるが、同じ強盜犯林枝重の准贓布實數六反三丈二尺は着欽勘文にも其のまゝ記載されてゐるのは、即ち死刑に該當すべき十五反の數に足らざるが故である。即ち着欽勘文に記載すべき准贓布の數は、最高十四反九尺として賊盜律の流

刑を以て最高刑となし、死刑に至らず、この流刑を更に弘仁格により最高刑を徒役六年の刑とせるが故に、非常なる寛刑と云はざるを得ない。之に加ふるに、十五反以上は何百反と雖も之を十五反未滿の數を以て罪を論じ、十五反未滿の數は其の原數を以て罪を論じたるを以て、贓數の多少は刑期に差異が少く、結局、多くを盜取するが利得となることとなり、却て世上騒然となる原因となるに至つた。尙この贓物勘文は、當時の物價を知る好資料である。

(V) 實例と註釋

次に着欽勘文を掲げ、各事案に就ての註釋を極く簡単に試みよう。この着欽勘文は鳥羽天皇の永久三年(1115)十二月二十日のものであるから、勿論、第二形式に屬する(一二)。

勘申可着欽左右獄囚事

合拾玖人

強盜玖人

竊盜拾人

左拾人

強盜伍人

秤時里 年卅五
右京人

不知姓牛丸 年三十
左京人

贓物壹種 准贓布參端

右二人。共犯強盜。承伏同畢。檢賊盜律云。共盜者併數。論注云。其強盜者。罪無首從。又條云。強盜一尺徒三年。一端加一等。十五端絞。刑部格云。犯盜之人。配徒之輩。宜犯徒一年者加半年。犯二年三年者。各加一年。若犯三流者。各役六年。獄令云。流。徒罪。居作者。着駄若檻伽。不得着巾。判事式云。

平賊布者。長五丈二尺。廣九尺四寸。爲一端者。今推彼賊布之數。雖及流刑。准犯依格。應役六年。

「合拾玖人、強盜玖人、竊盜拾人、左拾人、」等の何たるかに就ては、既に一言せるを以て省略する。

強盜犯人秦時里は年齢卅五、本籍は京都の右京に在り、同牛丸（姓不詳）は年齢卅、本籍は左京に在る。この兩名は共同して強盜犯罪を犯せる者であり、所謂共犯として、その贓物は壹種、之を准賊布に換算すれば賊布三端（端は反に同じ）に該當する。但し其の實數は贓物勘文なきを以て不明である。「承伏」は罪の自白、犯罪事實の承認、服罪等を意味する。この共犯者の強盜に關する事案に對しては、律の刑法の賊盜律の共犯に關する規定、竝に強盜に關する規定が適用される。即ち律の刑法に於ては、強盜の共犯に關する規定は賊盜律の「凡ソ共盜ハ贓ヲ併セテ論ズ」の原則に従ふ。而して注に云ふ所の「共強盜ハ罪ニ首從ナシ」の原則も亦適用される。従つて二人共同して強盜を犯し、財物を強取せる時には、その罪は兩者各得分の贓を合計して得たる贓物數により決定される。而して罪に首從の別なく、いづれも共同正犯たるの故を以て、假りに強盜の一人が賊布五反、他の一人が賊布十反を得たる場合、この強盜犯人は共同正犯として、賊布十五反を以て罪を論ずることとなる。よつて前記二名の強盜犯は、その得たる財物の額の合計たる准賊布三端に相當する刑を以て處斷される。然るに賊盜律の強盜に關する規定は、賊布三端を以て流刑に處してゐる。併し此の賊盜律の規定は、弘仁十三年、檢非違使の奏請によつて頒布せられたる格（之を刑部格と云ふ）によれば、徒役六年に減刑されてゐる。勘文には以下、獄令及び判事式の規定を引用してゐるが、刑の量定には關係がない。尙

この勘文によつて見ると、天曆年間の廳例として、その適用を排除せられてゐた「共盜ハヲ伴賊セテ論ズ」の規定が適用されてゐるから、これは後に至つて適用を見ることゝなつたのであらう。

届成則 年六十
紀伊國人

贓物壹種 准贓布拾端

平群次郎丸 年廿三
右京人

贓物壹種 准贓布肆端

右二人。各犯強盜。過狀共了。但同類之徒。彼此未彼追究者。
檢獄令云。犯罪事發者。有贓狀露驗者。雖徒伴未盡見獲者。先
依狀類之者。而推所犯贓布。已以當流刑。准據格條。令役六年。

強盜犯人届成則是年齢六十、本籍は紀伊國に在るが、犯罪發生地が
檢非違使廳の管轄区域内たるの故を以て、檢非違使に逮捕せられた
るものであらう。廳例の刑事訴訟法は屬地的效力を有し、京都に於
ける盜犯の如きは犯人の本籍の如何、罪の輕重を問はず、凡て檢非
違使廳の管轄する所であり、刑部省の管轄する所に非ざることは既
述の如くである。上記成則の贓物壹種は之を准贓布に換算して十端
に該當する。但し其の實數は贓物勘文なきを以て不明である。又平
群次郎丸に就ては勘文の示すが如くであり、再び説明するを要しな
い。たゞ此の兩名事案に對する法律適用論は注目すべきである。

犯罪が二人以上の共同によつて實行され、その共犯者が悉く逮捕
せられざる時は、その罪狀に基く罪の斷定即ち斷罪は、先づ現に逮捕
せられたる犯人に對してのみ之を爲すことを得て、殘餘の未逮捕犯
人は逮捕せらるゝまで之を留保することを得た。獄令は之を「凡ソ
罪ヲ犯シテ事發^{アラハ}レラム。贓狀露驗ナル有ラバ、徒伴未ダ盡キズト雖^{ツヘン}

モ、見^{ゲン}ニ獲タル者ヲ、先ヅ狀ニ依リテ斷ゼヨ。自外ハ後^{シリヘ}ニ從ヒ追究セヨ。」と規定してゐる。前記の屈成則及び平群次郎は、各別に更に他の未だ逮捕せられざる犯人と共に罪を犯せるものであるが、いづれも共犯者（之を徒伴と云ふ）が逮捕せられざるを以て、現在逮捕せられたる各本人に就て、上記の獄令の規定が適用され、その贓物に對しては賊盜律の規定が適用されてゐる。即ち兩者共に贓物各壹種にして、之を准贓布に換算して本勘文に記載せられたる額は、拾端及び四端であるが、之に賊盜律の強盜罪の規定を適用すれば、いづれも流刑に該當する。従つて之に刑部格を適用して、刑は徒役六年に減輕される。尙本件に於ては、屈成則及び平群次郎丸が共同正犯に非ざることは、その贓物が各別に擧げられてゐることによつても明かである。若し共同正犯ならば、前件の秦時里、牛丸の例に従ひ、その贓物は合計して一の數として擧げらるべき筈である。

不知姓禪師丸 年廿二
近江國人

贓物壹種 准贓布壹丈伍尺

右一人。強盜之犯。歟狀已了。方准格律。可役四年。

強盜犯人禪師丸（姓不詳）、年廿二、近江國人（本籍地、近江國）、強盜によつて得たる贓物壹種、之を准贓布に換算して壹丈五尺と本勘文に記載される。贓布壹丈五尺は賊盜律によれば一端未滿で徒役三年の刑に該當するが、刑部格により一年加重の徒役四年である。尙歟狀とあるのは過狀と同義である。

竊盜伍人

春日國松 年廿五
左京人

贓物參種 准贓布二拾參端

右一人。竊盜之犯。目伏早了。檢賊盜律云。竊盜一尺。杖六十一端加一等。徒六年。五端加年一等。五十端加役流者。但推贓布類。不及十端。方今任格律。宜役三年半。

竊盜犯人春日國松の贓物參種は贓布二十三端に換算されてゐる。これは賊盜律の竊盜法により徒役二年半に該當するが、刑部格により一年加重の徒役三年半となる。尙本勘文には「但シ贓布ノ數ヲ推スニ、十端ニ及バズ。」と「十端」と記してあるのは、恐らく卅端の間違ひであらう。

不知姓王力丸 年廿一
大和國人

贓物貳種

右一人。盜取經典并人物者也。勘問之庭。目伏已了。檢名例律云。類斷罪而天正修說者之比附之義。亦每此彼。但除舉輕明重。舉重明輕之外。尙准量科題。賊盜律云。盜毀佛像者徒三年。又條云。盜不計贓。而立罪名及言減罪。而輕於凡盜者。計贓重。以凡盜論加一等。名例律又云。二罪以上俱發。狀以重者論。注云。謂非應累者。准具條。其狀不累輕。以重加者。件王力丸已盜人物。准贓五端。合徒一年。又盜經典。贓布一端。令徒一年半。然而未見累人物於經典。而可併滿科斷之法。仍比附盜佛像之法。雖須不計贓徒三年。尙任格制之旨。宜處四年之役。

竊盜犯人王力丸(姓不詳)の贓物實數は經典及び人の財物の二種であり、之を贓布數に換算すれば、財物は贓布五端、經典は贓布一端に准じ、之に賊盜律の竊盜法を適用すれば、前者は徒一年、後者は

徒一年となる。(但し經典を准贓布一端となし、徒役一年半を科することは竊盜法に該當しない。恐らく准贓布十端の誤りか。)然し賊盜律は普通の強盜、竊盜の外に、更に特に列擧せる大祀神御物、神璽、外印、傳符、詔書、節刀、佛像等の盜犯に對しては、之を特別盜罪と見做し、是等の盜犯は普通の強盜、竊盜の罪を以て論ぜず、各本條の下に科すべき刑を別に規定し、之に従つて處斷した。即ち是等の諸物件は之を准贓布數に換算せず、物件そのものに基いて科すべき刑が規定されてゐた。但し是等の諸物件の盜犯處罰を規定する各本條中にも、例へば屍柩を盜取するの罪は徒役一年の刑であり、若し屍の衣服のみを盜取するに止まる時は、その罪一等を減じて徒役一年の刑と規定されてゐるが、この減輕による刑が、假りに贓物を准贓布に換算して得たる數に普通盜犯の規定を適用せる場合の刑より輕き場合には、その特別盜罪の減刑を廢し、贓物を准贓布に換算して、之に普通盜犯の規定を適用し、その罪は罪一等を加重して處斷することゝなつてゐる。即ち特別盜罪と雖も普通盜罪を以て斷罪するの例外規定であり、賊盜律は之を「盜ハ贓ヲ計ラズシテ罪名ヲ立テ、及ビ罪ヲ減ズト言ヒテ凡盜ヨリ輕キハ贓ヲ計リテ重ク、凡盜ヲ以テ論ジ、一等ヲ加フ。」と規定してゐる。例へば屍の衣服を盜取する罪は、屍柩を盜取する罪より輕く、前者は徒役一年半なるに對し、後者は徒役一年であるに拘らず、若し屍の衣服が准贓布に換算して五端の價值を有する時は、之に竊盜法を適用すれば徒一年となり、特に准贓布五端に相當する屍の衣服を盜取するも、普通の布五端を盜取するも何等その刑に相違がなく、かくては屍の衣服に關する罪を特別盜罪として規定せる所以を失ふを以て、かくの如き場合には、竊盜五端の罪を一等加重して徒役一年より徒役一年半の刑へと變更される。即ち等しく五端の布にても、普通盜罪と特別盜罪とでは、

その刑に相違があり、賊盜律の特に列擧せる特別物件に對する盜罪は、普通の強盜、竊盜の罪と同様は處斷せられざることゝなつてゐた。

是等の規定に従つて本件を案するに、先づ經典盜取の罪は賊盜律の特別盜罪の各本條に規定せられざるが故に、之を准贓布に換算して一端(十端の誤か)となし、之に普通竊盜法を適用して徒役一年半の刑(准贓布十端に相當)が相當する。次に人の物は即ち准贓布五端、徒役一年の刑が相當する。従つて之を一の併合罪と見る時は、律の刑法に謂ふ所の「二罪以上俱ニ發スルノ罪」として、重き一罪を以て處斷すべきであり、想像上の數罪と見る時は、律の刑法に謂ふ所の「一事ニシテ分レテ二罪ヲナスモノ」として、その罪法等しき時は之を累科し、罪法等しからざる時は、その重き法を以て輕き法に併せ滿して之を處斷すべきである。本件に於ては其の何れに該當すべきか明白でないが、上記の判決理由文に従へば、「未ダ人ノ物ニ經典ヲ累ネ而シテ併セ滿シテ科斷スベキノ法ヲ見ズ」と見えて居り、想像上の數罪としても、之を罰すべき法規の無きことを論じてゐる。結局、判決は併合罪として重きを以て處斷すべきことにしてゐるが、而も人の物を盜む罪より重き經典を盜むの罪は、特に特別盜罪に屬する佛像を盜むの罪に准ずるものとして、之に従つて贓を計算せず徒役三年の刑を以て論じ、之に弘仁十三年の格を適用して、一年加重の徒役四年の刑とした。

日前金里 年十九
尾張國人

贓物壹種 准贓布陸端壹丈

佐伯武里 年廿七
左京人

贓物參種 准贓布 伍端貳尺

右二人。竊盜三犯。承伏各畢。而准據格。可役□□。

竊盜犯人日前金里、同佐伯武里の准贓布は六端一丈、五端二尺。之に賊盜律の普通竊盜法を適用すれば、いづれも准贓布五端以上拾端未滿であるから、各々徒役一年の刑が相當し、更に之に刑部格を適用すれば、半年加重の徒役一年半となる。本勘文には刑期が逸脱してゐる。

不知姓太郎丸 年廿七
左京人

贓物壹種 准贓布壹端參丈

右一人。竊盜之犯。歟狀先了。任格新制。可役一年。

竊盜犯人太郎丸（姓不詳）の准贓布一端三丈は賊盜律によれば杖七十の刑であるが、之に刑部格が適用されて徒役一年の刑である。

右玖人

強盜肆人

丹治安清 年廿三
山城國人

贓物參種 准贓布拾肆端貳丈

右一人。強盜之犯。目伏已了。科斷之法。具注上條。准犯依格。可役六年。

強盜犯人丹治安清の准贓布十四端二丈、これは賊盜律の強盜法によれば十五端未滿として流刑に相當するが刑部格は之を減刑して徒役六年と改めた。但し本勘文に見える准贓布の數は十四端二丈であるが、實數は賊盜律の死刑に相當する十五端以上であつたかも知れ

ぬことは、既に屢々述べた通りである。

物部重貞 年五十一
左京人
高橋廷重 年五十
左京人
日下部國成 年六十一
左京人

贓物壹種 准贓布漆端

右三人。共犯強盜。過伏早了。宜任格律。同役六年。

強盜犯人物部重貞、高橋廷重、日下部國成の准贓布七端は、共同正犯としての前期三名の贓物の合計額を換算せるものであるが、その贓物は三名の共犯にして、僅かに一種に過ぎない。犯人の年齢も三人共に五十歳を越えてゐるのが目に附く。強盜の准贓布七端は賊盜律の強盜法によれば流刑、従つて之に刑部格を適用して徒役六年の刑となる。

竊盜伍人

春日助丸 年廿四
伯耆國人

贓物參種 准贓布伍拾壹端

右一人。竊盜之犯。承伏已了。科斷之法。且注上條。任律准格。宜役六年。

竊盜犯人春日助丸の贓物參種、之を准贓布に換算すれば五十一端となる。賊盜律の竊盜法は、准贓布五十端にても加役流（遠處に配して徒役三年の刑）であり、死刑は科せられざるが故に、強盜法の死刑に當る十五端以上を十五端未滿に勘文に直す必要がなく、准贓布の額は實數である。竊盜による准贓布五十一端は賊盜律では加役

流なるも、刑部格の適用により徒役六年の刑と改める。

藤井重友 年廿六
丹波國人

贓物壹種 准贓布玖端肆丈

藤井國延 年卅三
左京人

贓物參種 准贓布伍端

右二人。各犯竊盜。欸狀先了。而格律所指。宜役一年。

竊盜犯人藤井重友、同藤井國延の准贓布は各九端四丈、五端、これは賊盜律の竊盜法によれば、共に五端以上十端未滿であるから、徒役一年に該當し、刑部格の適用により半年加重の徒役一年半が至當である。本勘文は之を徒役一年と判決せるは如何。

藤井久成 年卅六
左京人

贓物壹種 准贓布佰參拾端

右一人。知情受盜贓者也。目伏之狀。已以露顯也。賊盜律云。知竊盜而受分者。計所受贓。准盜論減一等。名例律云。稱減者。就輕決。又條云。稱准盜論之類。罪止遠流者。仍從遠流之上。減一等。合徒三年。而任格律。合役四年。

竊盜犯人藤井久成の准贓布は百三十端。この被告人は自ら竊盜を行つて財物を竊取せるものではなく、それが他人の贓物なることを知つて、而も之を受領せるものである。この種の行爲に就ては、賊盜律の「凡ソ略和誘及ビ強盜竊盜ト知リテ受クル者ハ、各受クル所ノ贓ヲ計リ、竊盜ニ准ジテ論ジ、一等ヲ減ズ」との規定の適用を受け、准竊盜として處斷されることゝなつてゐる。従つて情を知つ

て受けたる分は准贓布百三十端であるが、之を竊盜に准じて論ずれば、其の罪は賊盜律の遠流刑に相當する。而して之より一等を減ずれば徒役三年の刑となり、之に刑部格を適用して一年加重の徒役四年の刑が科せられる。但し普通には遠流より一等を減ずれば、中流となるべきであるが、盜犯の流刑は遠、中、近の三流の區別なくいづれも遠流刑のみであつたから、その一等減は徒役三年の刑である。

内藏安行 年四十六
備中國人

贓物二種 准贓布伍拾貳端

右一人。運漕官物之間。詐稱漂倒之由者也。訊問之庭。過狀已了。檢厩庫律云。應輸課稅及入官之物。而廻避詐隱而不輸。或巧僞濫惡者。計所闕准盜論者。而推贓布。雖及遠流。准據格律。宜役六年。

竊盜犯人内藏安行、准贓布五拾貳端。但し其の盜物二種は、官物の運輸中、その漂倒せる由を詐稱して、之を詐取せるものである。かくの如き行爲は、厩庫律の「マサニ課稅及ビ官ニ入ルノ物ヲ輸スベクシテ、而モ廻避詐匿シテ輸セズ、或ハ巧僞濫惡スル者ハ、闕ク所ヲ計リ、盜ニ准ジテ論ズ。」との規定の適用を受け、その詐取物を准贓布に換算し、之に賊盜律の竊盜法を適用して科刑する。而して准贓布五十端以上は加役流であるが、刑部格により徒役六年の刑となる。

以前。今月廿七日可着駄左右獄囚。勘申如件。

永久三年十二月二十日

左衛門府生 内 藏 經 則

造東大寺主典少志 惟 宗 、 、
 安 倍 資 清
 藤 原 、 、
 防鴨河主典左衛門府生 伴 有 貞
 明法博士兼少志 中 原 、 、
 少志 大 江 行 重
 少尉 藤 原 、 、
 平 宗 賢
 源 家 重
 宮 道 賴 式
 防鴨河判官少尉 源 朝 臣 、 、

- 一 盜人不論輕重。停移刑部。別當直着欽。配役所令駟使。(政事要略、卷八十四、六八九頁)

私錢之輩。停送鑄錢司者。着欽與盜人同。(西宮記、卷二十三、臨時十一、五七二頁)

- 二 著駄政に就ては、小早川欣吾氏の研究が法學新報、第四十四卷、第八號に載つてゐる。尙、本稿、一一九頁以下、參照。

- 三 西宮記、卷二十三、臨時十一には長徳二年とあり(五八二頁)、政事要略、卷八十一には長徳三年と見えてゐる(六三二頁)。

- 四 西宮記、卷二十三、臨時十一裏書、六〇一頁。

- 五 凡共盜者。併贓論。(律疏殘篇、賊盜律、一一九頁)

- 六 凡斷罪行刑日。並宣告犯狀。(令義解、卷十、獄令、二八七頁)

- 七 頃年至着欽之日。只注服弁之由。雖顯本贓。無指役限。臨于役畢之期。欲從原免之時。追准彼贓。更明其限。非只招先後倒錯之謗。兼亦致憲法乖謬之咎。(西宮記、卷二十三、臨時十一、五八二頁)

- 八 西宮記、卷二十三、臨時十一、五七五——五八二頁。

- 九 西宮記、卷二十三、臨時十一、五八五——五九四頁。

- 一〇 件勘文道志。爲知贓數所注云々。不相副着欽勘文耳云々。(西宮記、卷二十

三、臨時十一、五八五頁)

一一 西宮記、卷二十三、臨時十一、五八三——八頁。

一二 朝野群載、卷十一、二二一——五頁。

第五 役畢勘文

(I) 意義

役畢勘文とは着欽政當日、着欽勘文によつて判決の言渡を受け、直ちに刑の執行を受けたる者が、所定の服役年限（刑期）を終了して、再び着欽政の日に、式場に於て、その着けたる欽を脱せしめられて釋放せらるゝ時、その囚人に言渡すべき釋放の宣告文である。

(II) 形式

役畢勘文は單に刑期終了による囚人の釋放の言渡し宣言文に過ぎざるを以て、着欽勘文に比して其の形式は簡單であるが、尙類似する所が多い。囚人の姓名、年齢、本籍所在地、贓物數、准贓數は着欽勘文と全く同様であり、たゞ本文として刑の執行を受けたる年月日と服役年數とを再録して、その刑期終了の宣言を記載する。

(III) 實例

役畢勘文の實例として、後朱雀天皇の長久三年(1042)十二月十四日のもの(一)、及び後冷泉天皇の天喜三年(1055)十二月廿五日のもの(二)とを舉げて見よう。

勘申ス着欽囚人役畢リノ事

合セテ竊盜壹人 左

内藤久住 年
左京人

贓物壹種 准贓布肆端參丈陸尺

右一人。竊盜ノ犯ハ承伏已ニ畢リヌ。仍テ去年十二月廿八日、徒一年ニ處シ、即チ以テ着欽シ、而シテ其ノ役已ニ滿テリ。原

免ニ從フベシ。

以前着欽囚人、役畢勘申件ノ如シ。

長久三年十二月十四日

以上は刑期滿了による釋放囚人が一人のみなる時の勘文であるが、その數名に及ぶ時の勘文は次の如くである。

勘申ス着欽囚役畢リノ事

合セテ伍人

左肆人

日置成任 年卅
紀伊國人

贓物壹種

准贓布拾壹段參丈

秦興安 年卅五
山城國人

贓物壹種

准贓布拾參端壹丈三尺

右二人。天喜元年十二月四日、徒四年ニ處シ已ニ了リス。而シ

テ其ノ役滿チ畢レバ、宜シク原免ニ從フベシ。

藤井俊丸 年卅
出雲國人

贓物壹種

准贓布捌段貳丈五寸

右壹人。天喜二年五月廿五日、徒一年半ニ配ス。而シテ役スル

所ハ既ニ滿ツレバ、放免ヲ得ベシ。

高橋金犬丸 年廿五
加賀國人

贓物壹種

准贓布貳端三丈

右壹人。天喜二年十二月廿二日、一年ノ徒ニ處スル者ナリ。格

律ノ限ル所、役以テ滿チ畢リス。宜シク放免ニ從フベシ。

右壹人

藤井翁丸 年廿五
右京人

贓物壹種

准贓布玖端貳丈參尺

右壹人。天喜二年五月廿五日、徒一年半ニ配セル者ナリ。罪科
ノ指ス所、放遣ニ從フベシ。

以前着欽囚人、勘申件ノ如シ。

天喜三年十二月廿五日

右兵衛權少尉源文頼

右衛門府生 笠 完

(IV) 實例と註釋

次に鳥羽天皇の永久四年(1116)十二月十六日の役畢勘文を掲げて(三)、
少しく註釋を加へて見よう。

勘申着欽囚役畢事

合

左參人

竊盜參人

小野重次 年卅
伊豆國人

贓物壹種 准贓布玖段伍尺

右一人。竊盜三犯。過狀已了。而去永久三年五月二十八日。斷徒
一年半者。着欽配役了。然間漸終金科之役。宜從玉條之免矣。

不知姓太郎丸 年廿七
左京人

贓物壹種 准贓布壹段參丈

右一人。竊盜之犯。承伏早了。仍同年二月二十一日。處役一年。
着欽配役。方今暮年既極。當從本貫焉。

立花忠直 年四十四
攝津國人

贓物貳種 准贓布壹段壹尺

右一人。依竊盜犯。目伏已了。而今年五月二十八日。處役一年。
着欽已了。久及囚扉之内。役日雖遺。囚禁之處。暮年將極。殊從
原免之例。俾知優恕之厚矣。

この原文には無いが、冒頭の「合」の下には「陸人（六人）」の二
字が逸脱してゐるものと考へられる。前提の二例には、何れも役畢
囚人の合計数が記載せられてゐるからである。「左參人」は勿論、左
獄囚に收容中の役畢囚人參名の意である。

竊盜犯人小野重次の准贓布九端五尺は賊盜律及び弘仁十三年格に
より、徒役一年半の刑に該當する。該囚人は永久三年五月二十八日施
行の着欽政の日を以て、徒役一年半の刑を受けたるを以て、一年半
の後の釋放期日は、永久四年十二月中に施行せらるべき着欽政の日
である。即ち永久四年十二月十六日施行の着欽政の當日、この勘文
を以て釋放されたのである。尙、半年の服役期間は正確に六ヶ月を
云ふのではなく、毎年五月、十二月に各一回施行せらるゝ着欽政の
日を起點として、次の着欽政の日までが半年に計算されるのであ
る。

竊盜犯人太郎丸(姓不詳)の准贓布壹端參丈は賊盜律によれば杖刑
を科すべきであるが、弘仁十三年格により刑は加重されて徒役一年
である。既掲の永久三年十二月二十日の着欽勘文に於て、徒役一年
の刑に爲せられたる本件犯人の役畢勘文が本勘文である。永久三年
十二月二十一日の着欽政の日より一年の刑期を服役せる囚人太郎丸
は、翌四年十二月十六日の着欽政の日に於て、役期満了に付き釋放

されたのである。

竊盜犯人立花忠直の准贓布壹段壹尺は前件太郎丸の場合と同様に、徒役一年の刑に當る。然るに囚人立花は永久四年五月二十八日の着欽政の日より、刑の執行を受けて服役せるものであるから、一年の役期満了による釋放の期日は、翌五年五月に施行せらるべき着欽政の日なるべきに、本勘文によれば、半年の刑期を經過せるのみにて釋放せらるゝことゝなつてゐる。その理由としては、「久シク囚扉ノ内ニ及ビ、役日遣ルト雖モ、囚禁ノ處暮年マサニ極マラントス。殊ニ原免ノ例ニ從ヒ、優恕之厚ヲ知ラシメントス。」とあるから、特別の計ひを以て赦免せられたるものゝ如くである。

右參人

竊盜參人

藤井則貞 年三十
左京人

贓物壹種 准贓布漆段參尺

清原友光 年廿六
美濃國人

贓物壹種 准贓布伍段貳尺

藤井安行 年廿五
大和國人

贓物壹種 准贓布陸段伍尺

右參人。竊盜狀。各以同了。仍去永久三年五月二十八日。斷徒一年半也。着欽配役。而役限漸滿。宜從本郷矣。

以前役畢。勘申如件。

永久四年十二月十六日

左衛門府生 内 藏

造東大寺主典少志 惟 宗

安 倍

少尉 高 階

藤 原

防鴨河主典左衛門府生 伴

明法博士兼少志備後大掾 中 原

少志 大 江

少尉 藤 原

平

源

宮 道

防鴨河判官少尉 源朝臣

竊盜犯人藤井則貞、清原友光、藤井安行、以上の三名に就ては、何れも准賊布五端以上、十端未滿であり、賊盜律及び弘仁十三年格により、前記の竊盜犯人小野重次と同様の徒役一年半の刑を科せられ、永久三年五月二十八日の着欽政の日より刑執行に入り、一年半後、即ち其の後、三回目の着欽政の日たる永久四年十二月十六日の着欽政日に、刑期滿了に付き釋放せらるゝことゝなる。

- 一 西宮記、卷二十三、臨時十一、五九七頁。
- 二 朝野群載、卷十一、二一九——二二一頁。
- 三 朝野群載、卷十一、二二五——二七頁。

第四章 廳例の行刑制度

廳例の行刑制度は廳例の裁判制度確立後に發達せるものにして、檢非違使廳の判決により決定せる刑罰の執行に關する制度である。刑罰は犯罪行為に對する應報なりとの主義の下に於ける刑罰の執行は、即ち犯人に苦痛を與ふるを以て目的とするものであり、犯人を改善せしめんがための行刑ではなかつた。但し廳例の行刑制度は死刑の執行を廢止せるを以て、徒役刑の執行制度が其の主なるものであつた。

第一 總 說

(I) 律令法の行刑制度沿革

律令法の行刑制度は(一)、財産刑の執行と律の五刑の執行との二制度に岐れる。前者は刑部省に直屬する贓贖司に於て執行され、刑部省の判決に基き贓物の沒收、贖銅(罰金)の徵收を取扱ひ、後者は刑部省に直屬する囚獄司に於て執行され、刑部省の判決に基く死刑以下の各刑の執行を行つた(二)。然るに贓贖司は平城天皇の大同年間(806—809)に行はれたる行政機構の改革(官司の廢合)により、之を刑部省に併合せられたる結果(三)、その職務は刑部省の管掌する所となつたが(四)、その後は貞觀式、延喜式の規定する所によれば、贖銅の徵收事務は刑部省、その管理事務は囚獄司が夫れ夫れ管掌することゝなつた(五)。然るに村上天皇の天曆年間(947—956)、贓物を管理する官舎が顛倒せるまゝ再建されず、沒收せる贓物が盜難の被害を蒙り、加ふるに贖銅の徵收も徹底せず(六)、爲めに囚獄司の職務たる獄囚の取扱、獄舎の維持に多大の支障を來すに至つた。蓋し獄囚の衣服、食糧、寢具、醫藥等の支給、獄舎の修理等の費用は、原則としては是等の贖銅及び贓物を以て支辨せられてゐたからである(七)。

これより先き、嵯峨天皇の弘仁十一年(820)十一月廿五日の格により、刑部省は贖銅徴收の執行力を缺くの故を以て、この贖銅徴收事務は檢非違使に委任せられるに至つた(八)。併し、當時、檢非違使の管掌する職務は頗る多方面に亙り、この上、更に贖銅徴收の事務をも負擔することには堪え得なかつたので、檢非違使の奏請により、淳和天皇の天長九年(832)七月九日の太政官符を以て、この贖銅徴收事務は再び刑部省の所管とせられた(九)。然るに其の後、村上天皇の天曆四年(950)十月十三日の太政官符によれば、この贖銅徴收の執行は再び檢非違使の所管となれるのみならず、これより先き、檢非違使は既に獄囚の衣服、食糧、寝具等の支給、管理をも行つてゐたから(一〇)、檢非違使廳が行刑方面に有する實權は甚だ強大となつた。

(II) 廳例の行刑制度概観

斯くの如く、檢非違使廳が行刑方面に關係せることは、由來久しきものであるが、いづれも刑部省或は囚獄司の無能缺陷等を補充するの程度に過ぎなかつた。檢非違使廳獨特の行刑制度、即ち廳例の行刑制度が實施せらるゝに至つたのは、實に廳例の裁判制度の確立以後のことに屬する。即ち前章に述べたるが如く、延喜より天曆以後にかけての檢非違使廳の裁判權の擴大強化は、徒罪以上の罪と雖も太政官へ勘奏せず、從つて刑部省の判決を待たずして、檢非違使廳の長官別當の命令たる別當宣により、直ちに判決を下したのであるから(一一)、この判決に基く刑罰の執行は、即ち廳例の行刑制度の行はれる所以であつた。

廳例の行刑制度、即ち檢非違使廳特有の刑罰執行制度は、別に之を檢非違使廳の召禁の制度とも云つた(一二)。刑罰の執行方法は、律の刑法の流罪、徒罪に該當すべき犯人は獄舍に拘禁し、杖罪、笞罪に該當すべき犯人は獄の政所に拘禁するか、或は便宜の所へ拘留することにより行はれた(一三)。之を獄舍の禁、獄政所の禁、便所の禁と稱し、之を總稱して召禁の制度と云つ

た。斯くの如き制度は、勿論、律令法の行刑制度には之を見ざる所であり、所謂「使廳積習の例」であり、「法條の指す所に非ざる」ものであつた（一四）。而して廳例の刑罰は、別當宣や檢非違使式に規定せらるゝ檢非違使廳の管轄内の事件たる強盜、竊盜、鬪亂、殺人、傷害、博戲、強姦、私鑄錢等を犯せる囚人に對して執行せられたるのみならず（一五）、律の刑法の規定する各種の犯罪を犯せる者に對しても執行せられたることは、法曹至要抄に見える廳例を以てしても知らるゝが如くであるから、延喜、天曆以後に於ける檢非違使廳の刑罰執行權は頗る強大なるものとなつたと云はねばならぬ。

- 一 律令法の行刑制度に就ては、細川龜市氏「上代に於ける囚獄制度」(法學志林、第三十七卷、第八、一〇、一二、各號) 參照。

尙、法學博士瀧川政次郎氏「王朝時代司法制度の研究」(歴史地理、第四四卷、第四、第五、各號) 參照。

- 二 職員令贓贖司條「掌簿斂。配沒。贓贖。閑遣。雜物事。」(令義解、卷一、四四頁)

職員令囚獄司條「掌禁囚罪人。徒役。功程。及配決事。」(同前)

- 三 平安初期に於ける行政機構の改革、即ち令の官制に基き設置せられたる各官司の廢合の經過に就ては、綜合日本史大系、川上多助氏「平安朝」二五八一—二六三頁。尙、類聚國史、卷一〇七、六六頁、參照。

- 四 右得彼省去開五月十日解稱。謹檢案内。徵納贖元是司之最也。大同三年。以贖銅司依併此省。偏此事云々。(政事要略、卷八十二、天曆四年十月十三日太政官符、應納刑部省徵送銅贖代事、六六四頁)

- 五 又貞觀式稱。凡贖銅錢者。收囚獄司。省相共出納。然則省徵司納。充公用之色也云々。(政事要略、卷八十二、天曆四年十月十三日太政官符、應納刑部省徵送銅贖代事、六六五頁)

延喜刑部式「凡贖銅錢者。收囚獄司。省相共出納。」(延喜式、卷二十九、刑部省、八六一頁)

- 六 (前略)而今囚獄司官舍顛倒。無實年久。此者亦復始自廳。造于門屋。頻年顛倒。四面露形。殆無宿直之居。漸爲兔之棲。因之年來所徵贖物。計便宿納。

類盜失。公用之時。轉治官人已下要劇田直。常以桶填。如此之漸。作料虛耗。事之爲煩。莫過於斯云々。(政事要略、卷八十二、天曆四年十月十三日太政官符、六六四頁)

七 凡獄囚應給衣糧席薦醫藥。及修理獄舍之類。皆以贓贖等物宛。無則用官物。
(令義解、卷十、獄令、三〇三頁)

八 (前略)今犯罪之輩。相結不絕。贓贖未納。逐年彌多。追徵之吏。徒疲催勘。負贖之人。無心進納。既押前斷。不畏後科。望請。左京官人。抑留位祿季祿。雜色人等令檢非違使催徵云々。(類聚三代格、卷二十、斷罪贖銅事、弘仁十一年十一月廿五日太政官符、一〇四七頁)

九 (前略)今得使解稱。使所行之事。非唯巡檢京中。拷決犯盜。臨時勘事。觸類繁多。(中略)加以看督長左右各二人。差科非一。無有暫暇。今預徵贖物。唯用濟使事。(中略)宜停驗檢非違使同亦實錄申官。隨即下知本貫令徵納。(類聚三代格、卷二十、斷罪贖銅事、天長九年七月九日太政官符、一〇五一頁)

一〇 又延長四年五月廿七日宣旨稱。以贖銅代物。充給左右獄囚。冬時衣期臨時食料并。修理獄舍等類。是罪人被下囚獄司之時事也。宣旨所稱。左右獄囚衣服料等。今檢非違使之所職也。(政事要略、卷八十二、天曆四年十月十三日太政官符、六六五頁)

一一 是以所當之罪。若爲笞杖者。須立決放。又若爲徒流死者。勘奏之後。徒罪以下。於使所可決。流罪以上。可送刑部省也。然而此事近代皆以絕畢。(法曹至要抄、卷上、罪科條、鬪亂鬪殺事、二五八頁)

放火之輩。依爲死罪。須送刑部省。令決本罪也。(中略)抑於使所。難有被行例。猶至罪囚者。別當每度可候奏聞也。而近代都無此事。(法曹至要抄、卷上、罪科條、放火事、二七三頁)

(前略)以上故鬪謀三ヶ犯。元死罪也。雖須送刑部令決斷。延喜以降。絕而不行。(中略)死罪者。非使廳之所掌。仍別當大理。須每度奏聞也。而近代絕無勘奏。(式目抄、續史籍集覽、第二集一、一八頁)

一二 勘申未斷左右獄囚事

合貳人

左一人 佐賀名酢丸 依鬪亂禁

六月十五日
左權少尉藤原賴信禁

右一人 伴友助	依竊盜禁	六月十日 右大尉藤原 枝 忠 禁
以前獄囚勘申如件		
寛仁三年七月十七日		左衛門少志尾張如春
		右衛門少志 豊 原
		左衛門少尉 縣犬養
被別當宣稱。佐賀名胙丸。有可令辨申之事。所召禁也。者尋其由緒。可謂小僭。宜從宥免。殊給身暇者。		
寛仁三年七月十七日		防鴨河使判官 藤原
		左衛門少尉 豊原

(朝野群載、卷十一、二三八頁)

一三 至于及流徒罪之者。禁獄舍相重。杖笞之者。禁獄政所。或禁使所。(法曹至要抄、卷上、罪科條、鬪亂鬪殺事、二五八頁)

一四 是使廳積習之例也。非法條之所指。(法曹至要抄、卷上、罪科條、鬪亂鬪殺事、二五八頁)

一五 貞觀十二年七月廿日別當宣稱。(中略) 自今以後。自非強竊二盜及殺害。鬪亂。博戲。強奸等外。一切不可執行者。(政事要略、卷六十一、五二六頁)

盜人不論輕重。停移刑部省。別當直着欽。配役所。令駈策者。(政事要略、卷六十一、五三三頁)

私錢之輩。停送鑄錢司者。着欽與盜人同。令沒入資財田宅。(西宮記、卷二十三、臨時十一、五七二頁)

第 二 着 欽 政

(I) 意 義

着欽政 (ちやくだのまつりごと) は檢非違使廳の專屬管轄に屬する強盜、竊盜、及び私鑄錢 (通貨偽造) の三事件の犯人に對し、その犯せる罪に科せらるべき刑の言渡しをなし (判決の言渡)、且つ之をして獄舍に移送して服役せしむる (刑罰の執行) ことを目的とする一の儀式である。犯罪を犯せる者は未決囚人として獄舍に拘禁され、その間に審理が行はれ (一)、微

罪なるによつて放免すべきものは釋放し(二)、徒刑に科すべき者は着欽政を行ふの日に判決の言渡を受け(三)、之により既決囚人として所定期間の服役に従事する。又この着欽政には、服役期間満了の既決囚人を釋放することをも行ふ。前者の判決言渡は着欽勘文によつて爲され、後者の刑期満了による釋放は役畢勘文によつて言渡される。尙、欽は「クビカセ」の意であり、一種の刑具である。即ち欽を犯人に着けることは、その者が既決囚人たることを示すこととなるのである。

(II) 式 次 第

着欽政の儀式的次第は凡そ次の如くである(四)。着欽政は毎年五月及び十二月の兩月、日を選んで舉行され、式場は村上天皇の天曆年中の頃までは、東西の市司の樓下を以て宛てられた(五)。即ち舉行日が月の前半の十五日以前ならば東市、後半の十五日以後ならば西市にて行つたが(六)、後には東西兩市司の樓が顛倒して再建されなかつたので、東市司の樓の遺跡に幄を張つて式場とした(七)。當日は衛門佐以下の官人が帷幄の下に就座し、囚獄官吏たる看督長(かどのをさ)(八)より未決囚人の過狀(謝罪狀)(九)を衛門佐に呈上して後、看督長は左右の獄舎より、判決の言渡を受くべき未決囚人を引連れ來り、之に對して衛門佐より既に作成せる着欽勘文を読み聞かせ、之により判決の言渡を終る。而して杖、笞等の如き輕罪に該當する者は、即決處分として此の場に於て直ちに毆打刑を執行して釋放することもあり、又過狀を奉らずして罪に服することを肯んぜざる者は、之を拷問にかけることもある。又服役期間の満了により放免すべき囚人には、役畢勘文に従つて、それぞれ釋放の旨を言渡し、この囚人の欽を脱せしむると共に、看督長より烏帽子を與へて放免した(一〇)。

着欽せる囚人は再び獄舎に收容し、所定の服役期間中は道路、橋梁の改修架作、街路、厠溝の清掃、その他の雜役に使役せしめられる(一一)。然るに廳例の行刑制度に於ては、囚人に着欽したる後、更に杖七十を體刑と

して科することが慣例となつてゐた(一三)。即ち囚人に着欵せる後は直ちに之を獄舎へ收容すべきであるが、廳例としては、着欵後に杖七十を囚人に科することが慣例であつた。これは勿論、律令法の行刑制度に於ては認められざる所であり、たゞ檢非違使廳が獨斷に設けたる制度である。併し此の着欵後の杖七十の毆打刑は、着欵前、既に律令法の拷問規定として定められたる最高限度二百回の杖の毆打を被れる者に對して(一四)、更に七十回の杖の毆打を加ふることは苛酷に失するを以て、圓融天皇の天祿五年(974)、時の檢非違使廳長官たる別當源延光の奏上により、同年五月廿六日の宣旨を以て、この着欵後の決杖は爾後停止せらるゝに至つた(一五)。

(III) 目的

律の刑法が本來懲肅教化の目的を有するものであるが、犯人が廳例の刑法により處罰せられ、着欵政の日に公衆の面前に於て判決の言渡を受くる以上、この着欵政も所詮は刑の威嚇主義たることの現れの一に外ならないであらう。併し後には此の本來の目的を外れたる、單なる年中行事の一儀式たるに止まり、上下階級の娛樂的觀覽に供するものと化するに至つた。例へば一條天皇の寛和二年(986)五月十七日舉行の着欵政の如きは、當日荒天なるに拘らず、上流階級の見物車四十餘輛を算し、風雨を冒して競ひ見物し、花山院上皇も密々御覽遊ばされたる由が西宮記に見えてゐるのは(一六)その一例である。

- 一 北山抄裏文書には、長保元年九月九日の別當宣により、檢非違使をして、故なくして他人の稻を蒞り取り、且つ相手方に傷害を蒙らしめたる凡河内助則等を拘禁し、その罪狀を勘糾せしめたる事が、次の如く記されてゐる。(大日本史料、第二編之三、五一九頁)

被別當宣稱。凡河内助則。多治比時胤。今本爲正等。無故蒞運大和掾多治秋友之作田玖段穫稻之□。爲加制止。秋友隨身大中臣忠行。多治比菊本罷向之處。助則等不辨是非。双傷忠行菊本等□。蒞運者。宜召禁助則時胤然正等。

勘糾犯狀者。

長保元年九月九日

左衛門大尉藤原 奉

二 被別當宣稱。佐賀名酢丸。有可令辨申之事。所召禁也。者尋其由緒。可謂小愆。宜從宥免。殊給身暇者。(朝野群載、卷十一、二三八頁)

三 之に就ては、前章、着欽勘文の項、參照。

四 着欽政に就ては、小早川欣吾氏「着欽政」(法學新報、第四十四卷、第八號)に詳細なる研究がある。尙、法學博士瀧川政次郎氏「法律史話」一三一頁以下參照。又、年中行事繪卷には着欽政の圖が載せてある。

西宮記、卷二十三、臨時十一、五六五頁以下、參照。

五 凡決罰罪人者。官人與使相對樓前罰之。(延喜式、卷四十二、東市司、一〇八二頁)

六 凡毎月十五日以前集東市。十六日以後集西市。(延喜式、卷四十二、東市司、一〇八三頁)

七 雜例云。長保元年十二月十六日。着欽政。於東市行。(先例。上十五日。於東市行之。下十五日。於西市行之。而年來東西惣無人。仍只於東市行之。)又云同四年五月廿一日。於東市。行着欽政。依無西市。年來不向之。(西宮記、卷二十三、臨時十一、五六五頁)

八 應和三年七月十三日。別當宣。左右看督長等。各守次第。可勤獄直云々。(政事要略、卷六十一、五二九頁)

九 過狀とは犯人が自己の犯行を認めて罪に服したる時、謝罪の意味を表明するために書き記す一種の始末書の如きものである。判決は常に此の過狀を犯人より徴して後に言渡され、過狀作成を拒み、之を奉らざる者は着欽政の日に拷問に科せらるゝことは本文に記せる如くである。過狀は別に之を怠狀、歇伏、伏辨、承伏狀等とも云ひ、王朝時代に於ては、犯罪人のみならず、官吏の懲罰にも此の過狀を奉らしめた。この種の過狀の實例は、朝野群載、卷十一に多く見えてゐるが、簡單なる一例を挙げれば次の如くである。

大田國武丸申サク過狀進ムルコト

誤ツテ愚心ニ任セテ強盜犯仕奉レル怠狀。是件犯愚任ニ任セテ仕奉レリ。之ニ因リ公家勘ヘ給フニ避ケ申ス所ナシ。仍テ過狀進ムルコト件ノ如シ。以テ解ス。

寛弘三年七月日 大田國武丸申ス

(朝野群載、卷十一、二三七頁)

- 一〇 王朝時代の一般庶民は凡て烏帽子を冠る習慣があつた。而して罪を犯せる場合には——従つて囚人となるに於ては、凡て此の烏帽子を脱せしめる。即ち烏帽子を脱することは、當時の習慣としては、天下の公民としての權利義務を剝奪、停止せしむる證左であつた。故に刑期満了により囚人を釋放する時、之に烏帽子を與へることは、畢竟、彼に再び天下の公民たる資格を與ふることを意味するものである。
- 一一 凡徒役人者。令作路橋及役雜役。又司每六日。將囚人等。使掃除宮城四面。其爾後且亦掃清宮内穢汚并厠溝等。(延喜式、卷二十九、囚獄司、八六三頁)
- 一二 盜人雖承伏已了。決背杖七十。(西宮記、卷二十三、臨時十一、五七〇頁)
- 一三 凡拷囚不得過三度。數總不得二百。杖罪以下。不得過所犯之數。拷滿不承。取保放之。(律逸、卷八、斷獄律、二一五頁)
- 一四 (前略)内大臣宣。奉 勅。件事自古行來之例。非隨申請輒可令改。然而如聞者。着欽後決杖事。非律令之所載。是使等所申行也。頗似苛酷。疑增冤愁思。彼囚人之所歎。欲施仁化而相赦。宜停禁之無於一時。以貽漢於萬代者。使宜承知。依宣行之。(西宮記、卷二十三、臨時十一、五七一頁)
- 一五 寛和二年五月十七日。見物車四十餘輛。冒雨競來。花山院密々御覽云々。(西宮記、卷二十三、臨時十一、五六八頁)

第三 召禁制度

廳例の行刑制度を代表するものは、即ち召禁の制度である(一)。召禁の制度は獄舍拘禁、獄政所拘禁、便所拘禁の三制度より成るが、この制度の實施せられたる時期に就ては明かでない。併し行刑は判決の言渡を待つて始めて行はれるものなるが故に、廳例の行刑制度の實施は廳例の裁判制度確立後と見るのが妥當であり、大體に於て、一條天皇の長徳年間(995—998)以後のことに屬すると思はれる(二)。

(I) 獄舍拘禁

獄舍拘禁は重罪犯人に對する刑罰執行方法として行はれる。即ち律の刑法に於て死罪に該當すべき犯人の刑罰、即ち死刑の執行の如きは、廳例の刑法に於ては認めざる所であり、斯くの如きものは凡て無期徒刑として獄舍に拘禁した(三)。その他、律の刑法の流刑、及び着鈇勘文により言渡さるゝ廳例の刑罰たる徒刑の執行は、凡て此の獄舍に拘禁して一定期間を服役せしめ(四)、道路、橋梁の改修架作、街路、厠溝の清掃、その他の雜役に使役した(五)。

(II) 獄 政 所 拘 禁

獄舍拘禁に次ぐものは獄政所拘禁である。獄の政所とは檢非違使の獄舍管理の役所であり、律の刑法の杖刑の執行は之に拘禁することにより行つた。即ち毆打杖の刑を執行せず、單に一定期間、この獄政所に拘禁するに止めた(六)。

(III) 便 所 拘 禁

獄政所拘禁に次ぐものは便所拘禁である。便所とは便宜なる所との意であり、檢非違使の輩下たる下部^{しもべ}の宅を以て便所とせることもある(七)。便所拘禁は律の刑法の笞刑の執行方法として行はるゝものであるが(八)、その他、醉亂、迷惑の輩は暫時この便所に拘留して後に追放した(九)。又罪を犯しても之を認めざるの間、或は審理開始より終了に至る迄の間は此の便所に拘置し、且つ又、嫌疑者と雖も、放免し難き者は便所に拘禁して訊問した(一〇)。又官吏の懲戒處分として此の便所拘禁が行はれたこともあつた(一一)。従つて便所拘禁は、律の五刑の執行以外に、輕罪と見らるゝものゝ刑の執行、或は檢束、拘留等の如き場合にも適用せられた様である。

(IV) 散 禁

以上の召禁制度は、主として律の五刑の執行に代るものとして行はるゝ制度であるが、この律の五刑の外に、獄令に規定する散禁も亦、廳例に於ては召禁の制度に於て執行せられた(一二)。散禁とは囚人に木索(刑具の一)

を加へず、たゞ身體の自由(出入)を禁ずるものであり、禁錮刑に相當する。

獄令の規定によれば、散禁は通常、杖罪に該當すべきものに適用せられたが、特別に年齢八十以上及び十以下の者、癱疾者、懷孕の婦女等は、たとへ死罪に該當すべき罪を犯すも、その刑の執行は單に散禁を以て代へるに止まつた(一三)。又官吏の贖銅刑(罰金刑)の執行は、本來は刑部省の管轄すべき所であつたが、檢非違使廳に於ては、この種のものは凡て散禁せしめ、贖銅徴收は之を行はざることを以て廳例とした(一四)。その他、有位有職の者にして、若し所犯の罪狀不明なる時は、單に散禁せしむるに止めた(一五)。而して散禁も、その執行は罪狀重き者は獄舎、輕き者は獄政所、便所等に於て行つた(一六)。

(V) 獄 屋

獄舎は左獄舎と右獄舎との二個所あり、政所も亦、左右の二個所に分れ、便所に至つては、其の數は一定しなかつた(一七)。本朝世紀によれば、近衛天皇の久安四年(1148)五月廿五日に七十二人の囚人が恩赦に浴して釋放せられたる由が見えてゐるが、之によれば、その釋放せられたる囚人の内譯は、左獄舎十四人、同政所十二人、右獄舎十二人、同政所二人、便所四十二人と記録されてゐる(一八)。

- 一 罪、罪に對して科せらるる刑及び刑の執行等は自ら異なることは云ふ迄もない。律の刑法の罪たる死、流、徒、杖、笞の五罪に科せられたる死刑、流刑、徒刑、杖刑、笞刑は、盜犯に關する限りに於ては、弘仁十三年の刑部格により、死刑は徒役十五年、流刑は徒役六年、杖刑、笞刑は共に徒役一年の刑に變更され、律の刑法の五刑は、盜犯に關する限り徒刑の一種に局限せられ、盜犯に對する特別管轄權を有する檢非違使廳の判決も亦、この刑部格に従つた。而して其の刑の執行は檢非違使別當直ちに着欽して役所に配役したのであるが、この役所が刑部省下の囚獄司の獄舎であつたか、若しくは檢非違使廳に屬する獄舎であつたかは明かでない。次に盜犯外の律の刑法に規定する各種犯罪に對する刑は、依然として五刑が認められてはゐたが、死刑の執行

は行はれなかつた。而して刑部省の實權が檢非違使廳に移るに及び（天曆年間以後のこと——政事要略、卷八十二、天曆四年十月十三日太政官符參照）、各種犯罪（盜犯も含む）の刑罰執行は檢非違使廳の管掌する所となつたが、刑罰の執行は律の刑法に規定する所謂五刑の執行に非ずして、廳例特有の刑の執行をなすに至つたものであり、これが即ち召禁制度の行はれるに至つた所以であらう。従つて犯罪が律の刑法に従へば、徒罪以上、或は杖笞の二罪に對する徒刑、或は杖笞の二刑の執行は、今の制度に於ては刑部省その他の官司に於て行はるべき規定なるに反し、檢非違廳が廣汎なる裁判權、行刑權を掌握して後は、徒罪以上の刑の執行は獄舍拘禁、笞罪の刑の執行は獄政所拘禁、笞罪の刑の執行は便所拘禁と區別するに至つたことは、本文に述ぶるが如くである。従つて此の召禁制度は刑罰そのものではなく、むしろ刑罰の執行方法、即ち茲に云ふ行刑制度と見るべきものではなからうかと考へる。事實、既に召禁制度の確立後に於ても、判決言渡の基たる着欽勘文には、依然として徒役何年と明記されてゐる。（本稿九七頁以下所載の永久三年十二年二十日の着欽勘文、參照）

尙、文學博士三浦周行「續法制史の研究」五六八頁、法學博士牧健二氏「日本法制史概論」一五二頁、參照。

- 二 廳例の刑罰執行制度、即ち召禁の制度に關する記錄は、法曹至要抄に最も多く收められてゐる。法曹至要抄は普通には明法博士坂上明兼の撰と云はれる。坂上氏は中原氏と相竝んで當時の法律家として知られ、檢非違使廳及び刑部省の判決は、凡て此の兩者の何れかの手により作成せられたのであるから、擬律官としては重要な地位にあつた。坂上明兼は白河天皇の承暦三年(1079)に生れ、近衛天皇の久安三年(1147)、六十九歳にして卒した。身は坂上氏の由であり、官職は大判事正五位下に任じたから、この時代の裁判に關しては該博なる知識の所有者であつたことは疑ひない。法曹至要抄の成れる時は鳥羽天皇の永久二年(1114)以前ならんとの井上頼國博士の説に従へば（文學博士井上頼國「法曹至要抄の作者」、法制論纂、正編、九二八——九三二頁。文學博士八代國治「法曹至要抄考」、國學院雜誌、第十七卷、第七號）、之に收録せられたる幾多の廳例は、それ以前に於て、既に慣行せられてゐたことは明

かであるが、いつ頃より行はれたるかに就ては明かでない。併し法曹至要抄に見える廳例の行刑制度が、政事要略や西宮記には見えない所から推察すれば、大體一條天皇の長徳年間(995—998)以後に發達せるものであり、それ以前に既に行はれてゐたと考へるのは尙早であらうと思ふ。

- 三 罪重。近代之例。依無刑部省斷。於使廳禁獄。依爲死罪。不定徒年限云々。
(法曹至要抄、卷上、罪科條、故殺事、二五六頁)
- 四 至于及流徒罪者。禁獄舍相重。(法曹至要抄、卷上、罪科條、鬪亂鬪殺事、二五八頁)
- 五 凡徒役人者。令作路橋及役雜役。又司每六日。將囚人等。使掃除宮城四面。其雨後且亦掃清宮內穢汚并厠溝等。(延喜式、卷二十九、囚獄司、八六三頁)
- 六 杖笞之者。禁獄政所。或禁便所。(法曹至要抄、卷上、罪科條、鬪亂鬪殺事、二五八頁)
杖罪以上。禁獄政所。笞罪以下。令候便所。(法曹至要抄、卷上、罪科條、失囚放縱事、二八四頁)
- 七 近年獄囚。不禁獄中。在下部家之由云々。(宇槐記抄、中、史料大觀、第一卷、下、五一頁)
- 八 杖罪以上。禁獄政所。笞罪以下。令候便所。(法曹至要抄、卷上、罪科條、失囚放縱事、二八四頁)
- 九 但醉亂迷惑之類。能糺事情。事有實。暫禁便所追放。亦使廳之例也。(法曹至要抄、卷上、罪科條、鬪入事、二五四頁)
- 一〇 而或犯罪有故。不承伏。或留身待對問之間。使廳之例。暫令候便所云々。
(中略)因茲。雖嫌疑之者。忽難免之類。又下便所。廻計略。尋訪其狀者也。
(法曹至要抄、卷上、罪科條、強竊盜事、二六五頁)
- 一一 若有位有蔭之輩者。令候便所。懲將來又廳例也。(法曹至要抄、卷中、禁制條、乘車馬并累騎事、三一頁)
- 一二 (前略)又法勝寺村木下部女爲祇園神人被打損事。依令散禁。(中右記、永久二年四月四日己酉條、史料通覽本、第四冊、二八九頁)
- 一三 凡禁囚。死罪。枷杻。婦女及流罪以下。去杻。其杖罪。散禁。年八十。十歲。及廢疾。懷孕。佚儒之類。雖犯死罪。亦散禁。(令義解、卷十、獄令、二

九九頁)

一四 (前略)但於贖銅。刑部省法也。使廳之習。贖銅之科。只令候散禁計也。(中右記、永久二年六月廿日條、史料通覽本、第四冊、三二二頁)

一五 但有位有職之人。若罪條不明之類。令候散禁。若凡下之輩。見決放免。既使廳例也。(法曹至要抄、卷上、罪科條、神事違例事、二五二頁)

一六 若承伏雖有實。爲輕罪者。散禁。可令條獄舍政所。若事重者。雖散禁。可令候獄舍。是已爲使廳之流例。(法曹至要抄、卷上、罪科條、強竊盜事、二六五頁)

案之。雖非宣下之事。或依公事。有所追捕。而對捍使。皆得此罪。若非是決。使廳之例。散禁可令候便所。(法曹至要抄、卷上、罪科條、拒國郡以上使事、二七八頁)

一七 資清將來盜承伏了。給左獄。說兼將來殿下御料打損童二人。給左右獄政所等了。(中右記、永久二年正月十四日條、史料通覽本、第四冊、二五〇頁)

左右獄。政所散禁。合百廿餘人(除着欽囚外皆注人)。大略可被免。此外多被免也。(中右記、永久二年五月十六日庚寅條、史料通覽本、第四冊、三〇五頁)

一八 權中納言藤原重通卿參任伏座。被免未斷輕犯之者七十二人。法皇依有所思食被免之。

原免未斷囚人事

合七十二人

左獄 十四人

政所 二人

右獄 十二人

政所 二人

便所 四十二人

(本朝世紀、第卅四、久安四年五月廿五日壬午條、六二一頁)

結 語

以上を以て廳例の研究を終る。廳例は檢非違使廳の存在を前提とするも

のではあるが、廳例の特色は律令法と對比せらるゝことにより明かにされ得ることは、本文に述べたるが如くである。廳例の持つ意義の重大さは、之を單に強力なる官司としての檢非違使廳の慣例としてのみ見るよりは、寧ろ律令の刑事法に關する規定を排除し、之に代る新たなる刑事法を自ら慣例により形成するに至つた點に於て見出される。律令法は唐法の模倣繼受の色彩が濃厚であり、就中、刑罰法規たる律の各規定、刑事訴訟法規を多く含む獄令の各規定の如きは、第一に理論的に構成せられたるものであり、之を實際に適用する場合の當否は第二の問題として、餘り考慮を拂はれなかつた様であるが、之に反して、檢非違使廳の廳例に見る刑罰や刑事訴訟の慣例の如きは、理論を抜きにして、全く實際的——即ち當時の社會の實情に即して發達せるものであつた。換言すれば、唐法の模倣繼受たる理論的な律令法を實際に適用するに當つて生じたる種々の矛盾不合理をば除去し、當時の國民生活に即したる我國獨特の刑事法を實踐により作り出さんとしたものが、即ち此の廳例であつたとも云ひ得るのである。従つて廳例によつて構成せられたる檢非違使廳の各種の制度、即ち犯罪者の搜索逮捕、糾彈、裁判、刑の執行等に關する制度は、律令法の夫れ等が唐國の輸入制度なるに對して、全く日本固有の制度であつた。斯くの如く、外國の模倣の域を脱して、我國獨特の制度を構成せんとする氣運は、平安朝中期以後に於ける我國の政治及び法律方面に於て著しく勃興せる所であり、政治方面に於ては、理論整然と配置せられたる令制の官司の實權が、實際の必要に迫られて新たに設置せる令外官の權勢に壓迫せられ、法律方面に於ては律令の成文法が、公家、武家、寺社等の各方面に獨特に發達せる慣習法のために殆ど死法と化する有様であつた。廳例の司法制度が唐法の模倣繼受たる律令の司法制度に代るに至つたのも、全く此の時勢の流に従つたに過ぎず、外國制度の日本化は決して廳例に於てのみ見られるものではなかつた。之を案するに、廳例に見らるゝ檢察、裁判、行刑の各制度は、い

づれも律令の夫れ等を外國模倣より日本固有化し、理論を抜きにしたる實際的のものたらしめた制度であつたと云ふべきである。

〔附 記〕

本稿は故文學博士三浦周行氏「續法制史の研究」、法學博士牧健二氏「日本法制史論」(朝廷法時代)に述べられた「廳例」の研究の結果の恩恵を蒙ること大なりしにも拘らず、それ以上に餘り研究上の進捗をも爲し得なかつたことを恥かしく感じてゐる。然し、兎に角、こゝ迄の研究を爲し得たことは、全く兩博士の研究に負ふ所が多く、厚く御禮を申し上げなければならない。それにしても、法律學を修めて後、法制史の研究に志して漸く二年餘、その研究が未だ此の程度を出でざる牛歩の悩みは、つくづくと法制史研究の難業たることを痛感せざるを得ない。

現在、隣邦滿洲國の立法事業に參與して居られる法學博士瀧川政次郎先生は、私が始めて法制史の研究に志した當時、それは僅か半歳餘の短期間ではあつたが、親しく教へを受けた方である。私が法制史研究の一習作として、「檢非違使廳」の研究をやつて見ようと志した時、私に色々と研究上の注意を與へて下さつたのも先生であつた。私の此の研究が本來飽く迄も單なる一個の「習作」に止まり、之を公表すべき意志を以てものせるものでなかつたことも、先生の御忠言によるものであつた。而して先生が滿洲國へ赴任せられて後、私の此の研究に不斷の御鞭撻を賜はつたのは、早稻田大學法學部助教授金澤理康先生である。金澤先生は歐洲留學より歸朝後の御多忙中にも拘らず、常に私の爲めに研究上の御便宜を取り計ふの勞を惜しまれず、今日、私の習作の一部が印刷に附せらるゝに至つたのも、全く先生の御盡力に依るものである。私は瀧川、金澤兩先生より蒙れる學恩に報ゆべく、この「廳例の研究」に就ては、出来るだけの努力を盡したつもりである。従つて、若し此の研究の結果が幾分なりとも取るに足るものであれば、それは云ふ迄もなく瀧川、金澤兩先生の御蔭であり、若し之に反する場合に於ては、それは何處までも私自身の研究不足の致す所であり、その責は當然に私自ら負はねばならないのである。

尙、本稿の起草に當つては、畏友、縣立山形圖書館司書、文學士大場眞藏君及び

立憲民政黨政務調査館主任、法學士杉淵榮君の御援助を辱うした。併せて茲に謝意を表する次第である。